Die Ausgleichungspflicht der Gesamtschuldner

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Claus Kreutzfeldt
Gerichtsreferendar aus Schleswig

Marburg 1932

Buchdruckerei Johann Hoops, Flensburg, Holm 47

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 25. April 1932.

Berichterstatter:

Geheimer Justizrat Prof. Dr. Franz Leonhard.

Meinen lieben Eltern

Inhaltsübersicht.

Literaturverzeichnis.

Allisat	Die unechte Gesamtschuld. Diss. Königsberg 1928.
Bendix	Zur Lehre von dem gesetzlichen Uebergang der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen. ArchBürgR. 25, S. 84 ff.
Biermann	Kommentar zum BGB. 1902, 2. Aufl.; 1914, 3. Aufl.
Binder	Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht. Leipzig 1899.
Boethke	Besprechung von Kremers Mitbürgschaft. Gruch 47 S. 857 ff.
de Boor	Kollision von Forderungsrechten. Berlin-Wien 1928.
Breit	Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB. Gruch 48, S. 283 ff.
Cohn	Über das Verhältnis des Drittverpfänders zum Gläubiger und Bürgen. JW. 06, S. 410 ff.
Cosack	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1913, 6. Aufl. I und II.
Crome	Von der Solidarität aus unerlaubten Handlungen. Jher-Jahrb. 35, S. 100 ff.
—	System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902, II.
Dernburg	System des römischen Rechts (Pandekten) 1903 7 Auflage II. und III.; 1912 8. Auflage II.
—	Das bürgerliche Recht des Dentschen Reichs und Preußens 1909 4. Auflage II 1; 1906 3. Auflage II 2.
Diefenbach	Die Schuldübernahme und der abstrakte Schuldvertrag. Diss. Straßburg 1914.
Donnevert	Die unechten Solidarobligationen. Diss. Erlangen 1907.
Dümchen	Schuld und Haftung, insbesondere bei den Grundpfandrechten. JherJahrb. 54 S. 355 ff.
Dungs	Drei Fragen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen. Gruch 54, S. 537 ff.
Eberstadt	Die unechten Gesamtschulden. Diss. Marburg 1913.
Eck-Leonhard	Vorträge über das Recht des BGB. 1903, 1/2. Auflage I.
Eger	Das Reichshaftpflichtgesetz 1912, 7. Auflage.
Eisele	Korrealität und Solidarität. ArchZivPr. 77, S. 374 ff.
Emmerich	Pfandrechtskonkurrenzen. Berlin 1909.
Endemann	Lehrbuch des BGB. 1903, 9. Auflage I. 2.
Endler	Die Ausgleichung unter Gesamtschuldnern. Diss. Göttingen 1923.
Enneccerus	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1930 I, bearbeitet von Nipperdey; 1930 II, bearb. von Lehmann; 1931 III bearb. von Wolff; 1931 IV. (Kipp-Wolff Familienrecht).
Fitting	Die Natur der Korrealobligationen. Erlangen 1859.
Genzmer	Pater semper incertus est? DJZ. 29, S. 616 ff.
Gierke	Schuld und Haftung in der Festschrift für Martitz. Berlin 1911.
Goldm.-Lilienthal	Bürgerliches Gesetzbuch. 1903, 2. Auflage I.
Guhl	Kennt das schweizerische Obligationenrecht einen inneren Zusammenhang zwischen passiver Korrealität und Solidarität? Diss. Leipzig 1908.
Hartmann	Der Zivilgesetzentwurf, das Äquitätsprinzip und die Richterstellung. ArchZivPr. 73, S. 309 ff.
—	Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. Erlangen 1875.
Hasenöhrl	Das österreichische Obligationenrecht. Wien 1881, 1890.
Heck	Kritik zu R. Schmidts „Unechte Solidarität" ArchZivPr. 122, S. 131 ff.
—	Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.

Heck — Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930

Heidt — Die Verteilung der Haftungslast bei Konkurrenz akzessorischer Haftungen. Diss. Kiel 1928.

Heinemann — Die unechten Gesamtschuldverhältnisse. Diss. Marburg 1927.

Hellwig — Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

Hoerlin — Die unechte Gesamtschuld. Diss. Tübingen 1927.

Hoffmann — Die Ausgleichung unter Gesamtschuldnern. Diss. Greifswald 1917.

Hruza — Korrealobligation und Verwandtes nach der 2. Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Sächs. Arch. 5 S. 193 ff., 273 ff., 401 ff.

Ihering — Die aktive Solidarobligation, in seinen Jahrbüchern 24, S. 129 ff.

Isay — Die Verantwortlichkeit des Eigentümers für seine Tiere. IherJahrb. 39, S. 209 ff.

Jander — Die Ausgleichungspflicht unter Gesamtschuldnern. Diss. Breslau 1909.

Josef — Ansprüche des Vaters aus Geschäftsführung und Bereicherung bei Ausheilung des verletzten Kindes, Geschäftsführung durch ärztliche Behandlung und Eigenhaftung der kraft Schlüsselgewalt handelnden Frau. ArchZivPr. 118, S. 378 ff.

— Eine Rückerinnerung zur Beseitigung der exceptio plurium. DJZ. 29, S. 307 ff.

Keller — Über Litiskontestation und Urteil nach klassischem römischen Recht. Zürich 1827.

Kipp — Der Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahme an Kindesstatt. DJZ. 29, S. 461 ff.

Kisch — Schadensersatz des Bauunternehmers wegen Beschädigung des Gebäudes während des Baues. BayZ. 21, S. 9 ff.

Kleinmann — Unechte Gesamtschulden. Diss. Tübingen 1923.

Klingmüller — Unechte Gesamtschuldverhältnisse. IherJahrb. 64, S. 31 ff.

Koban — Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Recht. Graz 1904.

Kohler — Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung 1904, 6. Auflage I.

— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1906, II, 1.

Korintenberg — Echte und unechte Gesamtschuld. SächsArch. 31, S. 1 ff.

Kremer — Die Mitbürgschaft. Straßburg 1902 in „Kleine Schriften zum BGB." XV, Heft 2.

Kreß — Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. München 1929.

Krückmann — Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. IherJahrb. 57, S. 1 ff., 59, S. 20 ff.

— Das Verhältnis von Eisenbahnhaftung zur Tierhalterhaftung. Eisenb.E. 25, S. 200 ff.

Last — Auspruchskonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis. Breslau 1908, in Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, Heft 26.

Leonhard — Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929 I, im „Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft" X Not. 2. Teil.

— Besonderes Schuldrecht des BGB. 1931 II, daselbst.

Lippmann — Das BGB. über Einheits- und Mehrheitsschuld in Bürgschaft und Gesamtschuld. ArchZivPr. 111 S. 135 ff.

— Der Streit um das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfänder bei Insolvenz des Hauptschuldners. Thür. Bl. 51, S. 180 ff.

v. Liszt — Die Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1898.

Lux — Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft. München 1906.

M a g e s — Die Gesamtschuldverhältnisse des österreichischen Rechts. Wien 1872.
M a r t i n i u s — Entsprechende Anwendung des § 774, Abs. 2 im Falle des § 1225 BGB. DJZ. 03, S. 543.
M a t t e s — Tierhalter und Eisenbahn. Recht 07, S. 43 ff.
M a t t h i a ß — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1900, 3. Auflage I.
M e y e r — Zu §§ 831, 840 BGB. Recht 11, S. 153 ff.
M i t t e i s — Zur Lehre von den passiven Gesamtschuldverhältnissen. GrünhutZ. 14, S. 419 ff.
M ü l l e r — Automobilgesetz 1929, 4. Auflage.
M ü l l e r - E r z b a c h — Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. ArchZivPr. 106, S. 309 ff.
O e r t m a n n — Kommentar zum BGB. 1928, II, 1; 1929, II, 2; 5. Auflage.
— Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht. Berlin 1901.
P a s t o r — Die Wirkung der Teilbefriedigung des Gläubigers durch einen Gesamtschuldner auf das Verhältnis der einzelnen Gesamtschuldner untereinander. Diss. Heidelberg 1914.
P i e c h o c k i — Die unechte Solidarität. Diss. Greifswald 1910.
P l a n c k — Kommentar zum BGB. 1914 II 1; 1928 II, 2; 1920 III, 2; 4. Auflage.
P u n t s c h a r t — Schuld und Haftung im geltenden deutschen Recht. ZHR. 71. S. 297 ff.
R a b e l — Ausbau oder Verwischung des Systems, zwei praktische Fragen. RheinZ. 19, S. 89 ff.
R e h b e i n — Das BGB. mit Erläuterungen 1903 II.
R e i c h e l — Über den Rückgriff unter Gesamtschuldnern. JW. 27, S. 1634 ff.
— Die Schuldmitübernahme. München 1909. in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 19.
Reichsgerichtsrätekommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 4. Aufl. 1928 I u. II.
R i b b e n t r o p — Zur Lehre von den Korrealobligationen Göttingen 1831.
R ü m e l i n — Kulpahaftung und Kausalhaftung. ArchZivPr. 88, S. 285 ff.
R u m p f — Die Teilnahme an unerlaubten Handlungen nach dem BGB. Diss. Göttingen 1904.
S a v i g n y — Das Obligationenrecht als Teil des heutigen Römischen Rechts. Berlin 1851 I.
S c h i e r l i n g e r — Das Reichshaftpflichtgesetz und § 254 BGB. SeuffBl. 70, S. 109 ff.
S c h m i d t — Unechte Solidarität. IherJahrb. 72, S. 1 ff.
S c h m i tz — Die unechten Gesamtschuldverhältnisse. Diss. Heidelberg 1914.
S c h o e n f e l d t — Die Ausgleichungspflicht der Gesamtschuldner untereinander (der echten und unechten). Diss. Würzburg 1919.
S c h o l l m e y e r — Recht der Schuldvergältnisse 1900 I.
S c h u l z — Rückgriff und Weitergriff. Breslau 1907, in Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, Heft 21.
S c h u m a n n — Der Ausgleichungsanspruch unter Gesamtschuldnern aus unerlaubter Handlung. Diss. Breslau 1924.
S c h w a b — Die Ausgleichung unter Gesamtschuldnern aus unerlaubter Handlung. Diss. Marburg 1912.
S c h w a r z s c h i l d — Der Ausgleichungsanspruch unter Gesamtschuldnern. Diss. Marburg 1917.
v. S c h w e r i n — Schuld und Haftung. 1911. Kl. Schr zum BGB. Band 5.
S e l i g s o h n — Eisenbahnunternehmer und Tierhalter. JW. 12, S. 375 ff.
S e l l n e r — Zur Auslegung des § 1225 BGB., Recht 04, Bd. 477.
S i b e r — Gesamtschuldverhältnisse im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. 2, S. 769 ff. zit. Siber HdRW.
— Schuldrecht. Leipzig 1931.
S t a m m l e r — Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Staudinger	Kommentar zum BGB. 1930 II, 1; 1929 II, 3; 1926 III, 2; 1929 VI; 9. Auflage.
Sternberg	Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung. Gruch 52, S. 545 ff.
Stolze	Zur Lehre von der unteilbaren Obligation nach dem neuen bürgerlichen Recht des Deutschen Reichs. Diss. Greifswald 1900.
Strohal	Der gesetzliche Übergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen in neuer Beleuchtung. IherJahrb. 61, S. 59 ff.
—	Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB. DJZ. 03, S. 373 ff.
Stubenrauch	Kommentar zum österreichischen BGB. 1858, 2. Auflage III.
v. Tuhr	Allgemeiner Teil des Schweizer Obligationenrechts 1925 II.
Tuzina	Die zivilrechtliche Haftung mehrerer Delinquenten nach dem BGB. Diss. Rostock 1902.
Weber	Ersatzpflichtkonkurrenz von dem nach Haftpflichtrecht Verantwortlichen. EisenbahnE. 21, S. 81 ff.
Weibel	Die Korrealobligationen im römischen Rechte. Diss. Erlangen 1873.
Weise	Zur exceptio plurium DJZ. 29, S. 438 ff.
Weiß	Die Ausgleichung unter Gesamtschuldnern bei Teilleistungen. Diss. Köln 1926.
Windscheid-Kipp	Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage 1900 I und II.
Winkler	Der Rückgriff unter Gesamtschuldnern. Diss. Marburg 1912.
Wurzer	Haftung mehrerer Zuhälter. Recht 12, S. 226 ff.
Wussow	Die Haftpflicht der Straßenbahnen. Berlin 1905.
Zitelmann	Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs 1900, allgem. Teil.

Abkürzungen.

ArchBürgR.	=	Archiv für bürgerliches Recht.
ArchZivPr.	=	Archiv für zivilistische Praxis.
BayZ.	=	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
DJZ.	=	Deutsche Juristenzeitung.
EisenbahnE.	=	Eisenbahnrechtliche Entscheidungen deutscher Gerichte.
Gruch.	=	Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
GrünhutZ.	=	Grünhut, Zeitschrift für das private und öffentliche Recht.
HansGZ.	=	Hanseatische Gerichtszeitung, (auch zit. = HansRGZ.)
IherJahrb.	=	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JW.	=	Juristische Wochenschrift.
LZ.	=	Leipziger Zeitung für das deutsche Recht.
Mot.	=	Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich.
Mugdan	=	Die gesammelten Materialien zum BGB. 1899.
OLG.	=	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Prot.	=	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB.
Recht	=	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
RG.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RGRK.	=	Reichsgerichtsrätekommentar.
RheinZ.	=	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.
SächsArch.	=	Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
SeuffArch.	=	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
SeuffBl.	=	Blätter für Rechtsanwendung.
ThürBl.	=	Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
Warn.	=	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.
WürttJ.	=	Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege.
ZHR.	=	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausg. von Goldschmidt.

Paragraphen ohne Zusatz sind solche des BGB.

I. Abschnitt.

§ 1.

Einleitung.

Bevor wir die Ausgleichungspflicht unter den passiven Gesamtschuldnern behandeln (denn nur um solche handelt es sich bei dem vorliegendem Thema der Arbeit), soll zunächst zu der Frage, was eine Gesamtschuld ist und ob eine Unterscheidung zwischen echter und unechter Gesamtschuld berechtigt ist, Stellung genommen werden. Gerade in letzter Zeit haben sich viele Stimmen[1] erhoben, die darauf hingewiesen haben, daß der Begriff der unechten Gesamtschuld eine überflüssige Rechtsfigur sei. Auch Anhänger der herrschenden Ansicht (welche die oben erwähnte Unterscheidung machen) haben erklärt, daß die Lehre von der Unterscheidung zwischen echter und unechter Gesamtschuld „noch recht ungeklärt sei".[2] Bei der Frage nach der Berechtigung dieser Unterscheidung wird auch kurz auf das römische Recht eingegangen werden.

Im nächsten Abschnitt wird auf die Ausgleichung selbst eingegangen, insbesondere fragt sich, ob ein Ausgleich schon dann verlangt werden kann, wenn der Gesamtschuldner an den Gläubiger weniger, als sein Anteil im Innenverhältnis beträgt, gezahlt hat. Der Ausgleichungsanteil eines Gesamtschuldners bestimmt sich ferner nicht immer nach Kopfteilen, vielmehr ist meistens ein anderes bestimmt, wodurch dann eine andersteilige Haftung der Gesamtschuldner im Innenverhältnis herbeigeführt wird. Eine „anderweitige Bestimmung" im Sinne des § 426 Abs. I Satz 1 kann sich nun aus Vertrag oder sonst einem schuldrechtlichen Verhältnis ergeben, in dem die Gesamtschuldner zueinander stehen; ferner auch aus dem Gesetz selbst, so z. B. § 254, nicht dagegen § 242, wie Rumpf[3] will. Eine eingehende Erörterung erfordert auch die Frage, wie die Haftungslast unter Gesamtschuldnern aus unerlaubter Handlung gerecht verteilt wird, da gerade in dieser Hinsicht die wenigen Gesetzesstellen einheitliche Grundsätze vermissen lassen. Besonders interessiert die Frage, ob der schuldhafte Täter im Innenverhältnis nach § 840 Abs. III den ganzen Schaden immer allein zu tragen hat oder ob daneben noch die Gefährdung

---

[1] Leonhard, I, S. 719 ff., bes. S. 742 ff., Korintenberg, SächsArch. 31, S. 1 ff.

[2] RGRK. I, S. 633; ebenso auch die in Anm. 2 auf S. 13 angeführte Literatur; Oertmann, II, 1, S. 493; Derselbe, JHR. 96, 118.

[3] s. § 8 der Arbeit.

zu berücksichtigen ist. Weiter wird noch untersucht werden, ob die Haftung der Eisenbahn unter den Begriff einer unerlaubten Handlung i. w. S. fällt und die Eisenbahn damit als „Dritter" im Sinne des § 840 Abs. III anzusehen ist, so daß sie den aus den §§ 833—838 Haftenden gegenüber im Innenverhältnis den ganzen Schaden zu tragen hat. Es ist darauf hinzuweisen, daß sich einige Richtlinien ergeben, nach denen eine Ausgleichung im Innenverhältnis unter den Gesamtschuldnern stattzufinden hat.

In dem 3. Abschnitt soll die Frage behandelt werden, ob eine Ausgleichungspflicht bei den durch Vertrag begründeten akzessorischen Haftungsverhältnissen der mehreren Sicherungspflichtigen untereinander gegeben ist. Endlich wird noch ein Problem erörtert werden, das in letzter Zeit Gegenstand vieler Erörterungen war: ob nämlich nach Abschaffung der Einrede des Mehrverkehrs (exceptio plurium) gemäß § 1717 Abs. I eine Regelung nach dem sog. österreichischen System (Haftung des mutmaßlichen Vaters) oder nach dem norwegischen System (Haftung der mehreren Konkumbenten als Gesamtschuldner) erfolgen soll.

---

§ 2.

Das Wesen der Gesamtschuld.

Ein Gesamtschuldverhältnis liegt nach § 421 dann vor, wenn mehrere eine Leistung in der Weise schulden, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger die Leistung aber nur einmal zu fordern berechtigt ist. Damit ist der Begriff des Gesamtschuldverhältnisses gegeben. Jedoch machen heute die moderne Rechtsprechung und Lehre einen Unterschied zwischen echter und unechter Gesamtschuld. Unechte Gesamtschuldverhältnisse sind solche, bei denen ein inneres Band fehlt, die gleichsam nur zufällig nebeneinander für denselben Endzweck einstehen und deren Haftungsgrund nicht auf eadem, sondern auf alia causa beruht. Bevor wir näher auf die Untersuchung eingehen, ob ein derartiger Unterschied berechtigt ist, möge zunächst ein kurzer geschichtlicher Rückblick zeigen, was die Gesamtschuld bedeutet und wie man überhaupt auf den Gedanken kam, zwischen echter und unechter Gesamtschuld zu unterscheiden.

1. Nach römischem Recht sind zwei Arten von Gesamtschulden zu unterscheiden und zwar die sog. Korrealobligation und die sog. Solidarobligation. Die Korrealobligation ist eine solidarische Verpflichtung oder Berechtigung, die durch den darauf gerichteten Parteiwillen geschaffen ist, während die Solidarobligation aus dem besonderen zufällig zugrunde liegenden Verhältnis entsteht, ohne auf einen besonderen Parteiwillen zurückzugehen.

Diese Unterscheidung wird jedoch von Dernburg[1] abgelehnt. Es sei zwar zwischen Korrealität und bloßer Solidarität zu unterscheiden, aber ein bestimmtes Einteilungsprinzip könne man schwerlich finden. Ähnlich verwirft auch Eisele diese Unterscheidung, indem er einen großen Teil der Solidarobligationen unter die Gruppe der Korrealobligationen bringt und den Begriff der sog. unechten Solidarität aufstellt, wenn nämlich zwar Identität des Zweckes, aber kein innerer Zusammenhang vorliegt.[2] Wenn sich auch diese Ansichten noch halten ließen, so muß man doch Binders Ansicht als unrichtig verwerfen, der diese Spaltung sogar für das klassische römische Recht verneint. Man könne vergeblich nach einem besonderen Merkmal für die Korrealobligation suchen, da schon die Solidarität eine Mehrheit von Obligationen mit identischem Leistungsgegenstand darstelle.[3] Daß Binders Ansicht nicht richtig ist, ergibt sich aus mehreren Stellen der Digesten, u. a. aus der l. 2. D. 45, 2 und l. 5. D. 9, 4. Hier zeigt nämlich die Liteskontestation verschiedene Wirkungen. In der l. 2. D, 45, 2 konsumiert die Klageerhebung gegen nur einen Korrealschuldner das ganze Schuldverhältnis: „cum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso iure et singuli in solidum debentur et singuli debent: ideoque petitione acceptilationeve unius tota solvitur obligatio.“[4] Erweist sich also der beklagte Schuldner bei der Vollstreckung des Urteils als zahlungsunfähig, so kann der Gläubiger nicht noch einmal gegen einen der früheren Korrealschuldner klagen, da ja die Klagerhebung gegen den einen befreiende Wirkung für alle hatte. Dagegen äußerte die Klagerhebung in der l. 5. D. 9, 4 nicht diese Wirkung für alle, sondern nur für den einen, in dessen Person sie eintrat: „... quemadmodum si plures deliquissent, nec altero convento alter liberabitur.“ Die Korrealschuldner wurden also erst durch die Erfüllung an den Gläubiger frei.[5]

Diese verschiedene Wirkung der Litiskontestation brachte daher für den Gläubiger große Unbilligkeiten mit sich. Aus diesem Grunde schuf Justinian für den Gläubiger einen dem Wesen der Korrealschuld entsprechenden Rechtsschutz. Durch die l. 28. C. 8, 40 de fideiussoribus bestimmte er nämlich, daß die Litiskontestation gegen einen Korrealschuldner nicht mehr die befreiende Wirkung für alle Schuldner haben solle, vielmehr könne die Befreiung aller Korrealschuldner erst durch die

---

[1] Pandekten II, S. 191, 194.

[2] Eisele, ArchZivPrax. 77, S. 478 ff.

[3] Binder, S. 369 ff., bes. S. 393; ähnlich Fitting, S. 21 ff., 138 ff., der die Korrealobligationen mit den sog. Alternativobligationen in Verbindung bringen will. Auch Klingmüller, IherJ. 64, 33.

[4] Vgl. hierzu auch Heck, Schuldrecht, S. 238; Lux, S. 5; Dernburg II, 1, S. 455.

[5] Vgl. Dernburg, II, 1, S. 455; auch Piechocki, S. 11/12.

tatsächliche Befriedigung des Gläubigers eintreten: „. . . nullo modo electione unius ex fideiussoribus . . , liberari, . . . nisi satisfiat creditori".

Infolge dieses Gesetzes ist dann im neueren römischen Recht eine Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarschuld nicht mehr gerechtfertigt, wie denn auch das gemeine Recht nach der Rezeption eine derartige Unterscheidung nicht mehr macht.[1]

Erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts wird der Streit wieder hervorgerufen durch Keller und Ribbentrop. Diese schlossen von der verschiedenartigen Wirkung der Litiskontestation im römischen Recht vor Justinian auf zwei besonders geartete Rechtsgebilde. Es sei scharf zwischen Korrealität und Solidarität zu scheiden und zwar sei die Korrealobligation eine einheitliche Obligation mit verschiedenen Subjekten (una eademque obligatio), während die Solidarobligation aus mehreren selbständigen Obligationen bestände, die in einem identischen Leistungsgegenstand zusammenliefen (plures obligationes in idem).[2]

Diese Lehre von Keller und Ribbentrop ist lange Zeit die weitaus herrschende des späteren Gemeinrechts gewesen, gegen die fast niemand Widerspruch zu erheben wagte. Als einziger tritt Eisele dieser Keller-Ribbentropschen Lehre entgegen. Er verwirft die Unterscheidung nicht gänzlich, sondern bringt einen Teil der Solidarobligationen unter die Gruppe der Korrealobligationen und unterscheidet echte und unechte Solidarität. Die echte Solidarität sei ein Gesamtschuldverhältnis auf Grund einer gemeinsamen causa und gleichbedeutend mit dem, was die Römer als Korrealität bezeichneten, während die Fälle der unechten Solidarität Obligationen darstellten, die auf „verschiedenen causae" beruhten und nur „durch die Identität des Zweckes" geeint seien.[3] Zwar hatten früher auch schon Hartmann[4] und Jhering[5] erkannt, daß eine andere Unterscheidung als die von Keller und Ribbentrop bestehen müsse, aber sie fanden das richtige Kriterium noch nicht. Dagegen wird dieses von Eisele aufgestellte Einteilungsprinzip bereits von Mitteis[6] vertreten, der als Solidarobligationen i. e. S. die „rein zufälligen, völlig beziehungslosen Konkurrenzverhältnisse" ansieht, als Korrealobligationen diejenigen, bei denen durch gemeinsamen Willen die Gesamthaftung begründet wird.

---

[1] Binder, S. 484: „Wenn auch . . ., so bestand doch eine sehr einheitliche gemeine Praxis, . . ." Ebenso Ribbentrop, S. 2 ff., bes. S. 9: „Die meisten hätten sich damit begnügt zu sagen, daß die Frage nach justinianischem Recht entschieden sei." Vgl. hier auch die Besprechung der damaligen Literatur.

[2] Keller, S. 466 ff.; Ribbentrop, S. 23 ff., 83, 84, 258, 259; hiergegen jedoch Weibel, S. 32, 34, 74; vgl. Savigny, I, S. 139; Windsch.-Kipp, II, S. 183 ff.

[3] Eisele, ArchZivPrax. 77, S. 478/79; auch Pastor, S. 9.

[4] ArchZivPrax. 73, S. 390 ff.

[5] JherJ. 24, S. 185.

[6] GrünhutZ. 14. S. 477.

2. Zunächst soll eine kurze Uebersicht der neueren Kodifikationen gegeben werden, die eine derartige Unterscheidung als überflüssig und erschwerend verbannt haben. Dem preußischen ALR. ist eine Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligationen unbekannt (vgl. ALR. Teil I, Tit. VI, §§ 424—453). Das Gleiche gilt im bayrischen Landrecht (vgl. BayLR. IV, 1, § 21). Auch das österreichische Allg. BGB. kennt nur eine Gesamtschuld (§§ 891—896).[1] In der österreichischen Literatur fehlt es allerdings nicht an Versuchen, den Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligation auch in das österreichische Recht hineinzubringen,[2] ohne jedoch Erfolg zu haben.[3] Der Code civil kennt ebenfalls keine Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligation (Art. 1197, 1201 ff.). Zwar schieden auch hier Praxis und Gewohnheitsrecht zwischen zwei Hauptarten, nämlich zwischen den „obligations solidaires" und der „solidarité imparfaite",[4] was sich jedoch nicht auf den Code civil selbst auswirkte.[5] Auch dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen ist eine Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligation unbekannt (SächsGB. von 1863, Teil 3, Abschnitt 4 §§ 1019 - 1038).[6]

3. Dieser kurze Überblick hat gezeigt, daß die wichtigsten Kodifikationen der neueren Zeit den Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligationen bewußt abgelehnt haben, um ein einheitliches Rechtsinstitut der Gesamtschuld zu schaffen. Diesem Bestreben Rechnung tragend, hat auch das BGB. den Unterschied des gemeinen Rechts zwischen Korrealität und Solidarität bewußt abgelehnt. So haben besonders die Motive zum BGB. in längeren Ausführungen den Zweck des Gesamtschuldverhältnisses erörtert und sind dabei zu dem Ergebnis gekommen, daß es dem Zweck nicht dienlich sei, die frühere Unterscheidung beizubehalten, daß vielmehr praktische Gesichtspunkte die Abschaffung des Begriffs der Korreal- und Solidarobligation forderten.[7]

Trotz dieses klaren Wortlauts des Gesetzes haben sich Literatur und Praxis bewogen gefühlt, einen Unterschied zwischen echter und unechter Gesamtschuld zu machen und damit wieder den Streit über Korreal- und Solidarobligationen von neuem hervorzurufen. Vor allem berief man sich auf den

[1] Hasenöhrl, I, S. 94.

[2] So Stubenrauch, III, S. 55 zu § 888; Mages, S. 19.

[3] Vgl. hierzu auch Binder, S. 495 ff.

[4] Hartmann, ArchZivPrax. 73, S. 397; vgl. auch Binder, S. 510 ff.

[5] Vgl. hierzu die Mot. II, S. 154, 155, besonders gegen Hartmann; auch RG. 19, 387; 23, 329.

[6] Vgl. auch Binder, S. 536 ff.

[7] Vgl. Mot. II, 155, 156; dagegen treten für diese Unterscheidung im heutigen Recht besonders ein: Ihering in seinen Jahrbüchern 24, S. 186 und Hartmann, ArchZivPrax. 73, S. 392 ff.

beliebten Schulfall der Ausgleichung zwischen Brandstifter und Versicherer. Hier sei eine gleichanteilige Haftung auf den Schaden nach § 426 abzulehnen, da doch unmöglich der Brandstifter gegen den Versicherer Regreß nehmen könne. Das ist auch richtig, aber wir werden weiter unten (Ziff. 3c) einen anderen Weg finden, um diesen unmöglichen Anspruch des Brandstifters abzuweisen.

a) Um die Frage, ob die herrschende Ansicht berechtigt ist, eine Unterscheidung zwischen echter und unechter Gesamtschuld zu machen, beantworten zu können, müssen wir zunächst den Begriff der echten Gesamtschuld im BGB. (wie ihn die herrschende Ansicht versteht) feststellen und dann prüfen, ob er auch die sog. unechten Gesamtschuldverhältnisse mitumfaßt.

Ein Gesamtschuldverhältnis besteht, wie wir oben (S. 2) gesehen haben, dann, wenn mehrere Schuldner in der Weise zur Leistung verpflichtet sind, daß der Gläubiger von jedem die ganze Leistung verlangen kann, eine einmalige Leistung aber alle Gesamtschuldner befreit,[1] wie sich aus dem § 421 ergibt: „Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber nur einmal die Leistung zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teile fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet."

Ob man nun das Gesamtschuldverhältnis als ein einziges Schuldverhältnis, aus dem mehrere Ansprüche entspringen,[2] oder mit der herrschenden Ansicht, die auch Verf. vertritt, als eine Zusammensetzung von mehreren selbständigen Schuldverhältnissen auffaßt,[3] oder endlich bei Einheit der Schuld mehrere Haftungen annimmt,[4] mag dahingestellt bleiben; denn diese Untersuchung ist nicht Aufgabe dieser Arbeit. Außerdem würde die Arbeit hierdurch nicht gefördert werden.

Nach dem Wortlaut des § 421 ist Voraussetzung für ein Gesamtschuldverhältnis, daß mehrere „eine Leistung" schulden,

---

[1] Enneccerus-Lehmann, II, S. 305, 306.

[2] Die sog. Einheitstheorie: Keller, S. 413, 414, 443; Ribbentrop, S. 12, 84; Puntschart, ZHR. 71, 297 ff.; Lippmann, ArchZivPrax. 111, S. 186; v. Tuhr, II, S. 683, 707; auch Staudinger, II, 1, S. 896; Stammler, S. 247; Planck, II, 1, S. 14; Oertmann, II, 1, S. 498, der allerdings schwankt, sich aber doch mehr dieser Theorie zuneigt.

[3] Die sog. Mehrheitstheorie: Crome, II, S. 373; Dernburg, II, S. 446; Leonhard, I, S 726; RGRK. I, S. 631; Hartmann, Die Obligationen, S. 77; Binder, S. 49; Reichel, S. 28 ff.; Windscheid.Kipp, II, S. 185, Anm. 1; Kohler, II, 1, S. 146; Klingmüller, IherJ. 64, 46 ff.

[4] Theorie von Schuld und Haftung: v. Schwerin, Schuld u. Haftung, S. 15; Krückmann, IherJ. 57, 1 ff.; 59, 20 ff.; Gierke, Schuld und Haft. i. Festschrift f. Martitz, S. 116.

es muß also Identität der Leistung [1] vorliegen und irgendein Zusammenhang unter den Gesamtschuldnern bestehen, so daß durch die Leistung eines von ihnen alle übrigen befreit werden. Das liegt nicht schon dann vor, wenn die Leistungspflicht der Gesamtschuldner rein äußerlich auf dieselben Leistungsgegenstände hinausläuft, ohne daß ein sonstiger innerer Zusammenhang zwischen den Einzelverpflichtungen als solchen zu bestehen braucht.[2] Diese Auslegung, nur auf den Wortlaut des § 421 gestützt, ist nicht ausreichend, ein Gesamtschuldverhältnis zu begründen. Vielmehr besteht unter den Gesamtschuldnern bereits mit der Begründung des Gesamtschuldverhältnisses ein inneres Band.[3]

Die Einheit des Entstehungsgrundes ist auch kein Merkmal, auf Identität der Leistung zu schließen. Dies wollen viele im Anschluß an Eisele,[4] der ein echtes Gesamtschuldverhältnis nur dann annimmt, wenn die Leistungspflicht der mehreren auf einem einheitlichen Entstehungsgrunde beruht. Oertmann [5] neigt ebenfalls dieser Ansicht zu, schwächt sie aber insofern ab, als er einen Unterschied zwischen materieller und formeller Verschiedenheit des Entstehungsgrundes macht. Liegt materielle Verschiedenheit vor, so verneint er ein Gesamtschuldverhältnis, während eine formelle Verschiedenheit der Annahme einer Gesamtschuld nicht entgegenstehen soll, „wenn sie nur materiell auf demselben Schuldgrund beruht".[6]

Beide Ansichten sind jedoch ungeeignet, um das Vorhandensein eines echten Gesamtschuldverhältnisses nachzuweisen. Bei der Forderung nach der Einheit des Entstehungsgrundes kann man einmal an die Einheit des Rechtsverhältnisses und dann auch an eine solche des Tatbestandes denken.[7] So schwankt auch das Reichsgericht,[8] ob es bei Schadensersatzansprüchen, die zwar sachlich demselben Tatbestand entsprungen seien, für die aber der eine aus Vertrag, der andere aus dem Reichshaftpflichtgesetz hafte, eine echte oder eine unechte Gesamtschuld annehmen soll. Aus neueren Entscheidungen des Reichsgerichts ergibt sich jedoch, daß ein Gesamtschuldverhältnis

---

[1] Hierüber vgl. besonders die Ausführungen bei Allisat, S. 34 ff., 45. Auch RG. 61, 61.

[2] So Reichel, S. 511.

[3] Vgl. Mot. II, S. 169.

[4] ArchZivPrax. 77, 481; ferner Crome, II, S. 375 ff.; Schollmeyer, I, S. 430; Rehbein, II, S. 451; Donnevert, S. 13; auch noch RG. 67, S. 128 ff.; unentschieden dagegen RG. 61, S. 57; vgl. aber S. 60.

[5] Vorteilsausgleichung, S. 124 ff., 293 ff.

[6] Oertmann, II, 1, S. 495; ähnlich auch Guhl, S. 177, 185, Anm. 5; auch RG. 67, S. 131, das eine echte Gesamtschuld bei Zusammentreffen von einem kausalen und abstrakten Vertrag verneint, da „bezgl. des materiellen Schuldgrundes keine Gemeinschaft besteht"; auch RG. JW. 13, 679.

[7] So richtig Leonhard, I, S. 734; Korintenberg, a. a. O. S. 13; auch Weiß, S. 6.

[8] RG. 61, 61.

möglich ist, wenn einer aus Vertrag, ein anderer aus Delikt[1] oder Gefährdung[2] haftet. Auch können nach der Rechtsprechung abstrakte und kausale Schuldverhältnisse ein Gesamtschuldverhältnis bilden.[3] Will man auf die dem Gesamtschuldverhältnis zugrunde liegende Einheit des Tatbestandes abstellen, so legt man eine Unterscheidung in das Gesetz, die es nicht kennt, ja sogar durch positive Bestimmungen zurückweist; so die Vorschriften des Gesetzes über die Mitbürgschaft (§ 769) und die mehreren Versicherer bei der Doppelversicherung (§ 787 HGB., § 59 VVG.). Hiernach stehen die genannten Personen selbst dann in einem Gesamtschuldverhältnis, wenn ihre Verpflichtungen auf verschiedenen Verträgen beruhen. Ja, es ist nicht einmal erforderlich, daß der eine sich mit Rücksicht auf den anderen verpflichtet hat oder daß er auch nur von dessen Verpflichtung etwas wußte.[4] Obwohl die Mitbürgen also von dem Gesetz als echte Gesamtschuldner angesehen werden, sollen sie nach Schmidt[5] auch unechte Gesamtschuldner sein können. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, da sie dem klaren Wortlaut des Gesetzes widerspricht. Dieses weist nämlich durch § 774 Abs. II ausdrücklich auf die Ausgleichsvorschrift des § 426 unter Gesamtschuldnern hin.[6] Ebenso liegt bei der kumulativen Schuldübernahme trotz mehrerer verschiedener Tatbestände ein echtes Gesamtschuldverhältnis vor,[7] desgleichen im Falle der Haftung des Staates für seine Beamten.[8]

Stellt man mit Oertmann auf die materielle und formelle Verschiedenheit des Grundes ab, so sehen wir, daß diese Ansicht auf das Erfordernis der oben (S. 7) abgelehnten „eadem causa" hinausläuft. Man wird bei der Untersuchung darüber, was denn materielle Identität im Verhältnis zur formellen bedeutet, nicht sagen können, daß es sich hier um eine Verschiedenheit des rechtlichen Gesichtspunktes handeln kann. Denn wie wir oben gesehen haben, ist trotz Verschiedenheit des Rechtsgrundes bei abstrakten und kausalen Schulden ein Gesamtschuldverhältnis vorhanden.[9] Der materielle Zusammenhang zweier Schulden ist vielmehr darin zu erblicken, daß beide durch denselben Akt getilgt werden.[10] Diese auf denselben Zweck zu-

---

[1] RG. 77, 323; 79, 290; 82, 439; RGRK. I, S. 631; Staudinger, II, 1, S. 905.

[2] RG. Warn. 12, 64; 13, 318; RG. 82, 439; RG. SeuffArch. 65, 401.

[3] RG. 70, 410; 77, 323; bes. gegen RG. 67, 128 ff.; wie hier auch RGRK. I, S. 631; Enneccerus-Lehmann, II, S. 307, Anm. 10; Leonhard, I, S. 734; vgl. auch Heck, Schuldrecht, S. 239; Rabel, RheinZ. 19, 92; Josef, ArchZivPrax. 118, 379; Cohn, JW. 06, 412; Klingmüller, a. a. O. S 68 ff.; Kleinmann, S. 41.

[4] Mot. II, S. 666/67.

[5] IherJ. 72, 50/51, Anm. 3.

[6] Gegen Schmidt auch Leonhard, I, S. 735.

[7] RG. 70, 410.

[8] RG. 85, 412.

[9] RG. 70, 410; 77, 323; vgl. auch Schmidt, IherJ. 72, 50; Korintenberg, a. a. O., S. 14.

[10] Leonhard, I, S. 734; Schmidt, a. a. O., S. 50;

strebende innere schuldrechtliche Verbindung zwischen den Gesamtschuldnern nennt Enneccerus[1] Zweckgemeinschaft. Die Gesamtschuldner hätten sich kraft Gesetzes oder ihres Willens zur Erreichung desselben Zweckes miteinander verbunden, so daß ihre einzelnen Verpflichtungen sich als Mittel zur Erreichung des Gesamtzweckes zeigten.[2]

Während Enneccerus diese Zweckgemeinschaft weit auslegt und eine objektive für die Annahme eines echten Gesamtschuldverhältnisses als ausreichend erachtet, fordert Klingmüller[3] noch eine subjektive Verbindung zwischen den Gesamtschuldnern. Dieser Begriff der echten Gesamtschuld ist jedoch zu eng, wie Klingmüller auch selbst zugibt.[4] Denn um seiner Forderung gerecht zu werden, müßte man die echte Gesamtschuld auf vertragliche Schulden und auf Haftung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung beschränken. Dagegen versagt Klingmüllers Ansicht bei der Haftung mehrerer aus fahrlässigen Delikten. Es könnte also kein echtes Gesamtschuldverhältnis entstehen, was das Gesetz jedoch ausdrücklich in § 840 bestimmt.[5] Man denke auch an die Mitbürgschaft und die Doppelversicherung; hier tritt eine Gesamtschuld auch dann ein, wenn die einzelnen Bürgen oder Versicherer voneinander nichts wissen.

Zur Voraussetzung eines echten Gesamtschuldverhältnisses ist daher eine objektive Zweckgemeinschaft mit Enneccerus als ausreichend zu erachten. Der Zweck bei der echten Gesamtschuld ist die Sicherung des Gläubigers und zu diesem Zwecke werden die Gesamtschuldner tätig, „das Ziel ist das Entscheidende, die Leistungshandlung dient nur seiner Erfüllung".[6] Besser ist vielleicht noch der Begriff der „Tilgungsgemeinschaft",[7] weil hierdurch Unklarheiten vermieden werden, die sich aus dem Begriff der „Zweckgemeinschaft" ergeben könnten. In letzterem Falle wäre es nämlich möglich, einen juristischen und wirtschaftlichen Zweck zu unterscheiden, wie es in der Tat auch mehrere Schriftsteller tun.[8] Diese wollen an dem Beispiel des Versicherers und des Brandstifters nachweisen, daß die Zahlung des Versicherers juristisch das Äquivalent für die gezahlten Prämien, wirtschaftlich dagegen den Ersatz für den Schaden

---

[1] II, S. 307; Rabel, RheinZ. 19, 408.

[2] Enneccerus-Lehmann, II, S. 307; ähnlich auch Weiß, S. 7.

[3] a. a. O., S. 38 ff., 47 ff., 63.

[4] Derselbe, a. a. O., S. 63/64.

[5] Gegen Klingmüller auch Leonhard, I, S. 735; Enneccerus-Lehmann, II, S. 307, Anm. 11, Schmidt, a. a. O., S. 52/53; Korintenberg, a. a. O., S. 10; Allisat, S. 51.

[6] Korintenberg, a. a. O., S. 8/9; vgl. auch Allisat, S. 46 ff.

[7] So Leonhard, I, S. 736.

[8] So Last, JS. 32 ff., bes. S. 37; Allisat, S. 59 ff., 65; anscheinend auch Planck, II, 1, S. 623.

darstelle.[1] Wenn man dem auch zustimmen wollte, so darf man aber doch die Begriffe einander nicht so gegenüberstellen, daß man sagt, hier ist der juristische, hier der wirtschaftliche Zweck. Würde man nämlich das Kriterium der echten Gesamtschuld auf die Einheit des juristischen Zweckes abstellen, so könnte man die Identität der Leistung nur dann bejahen, wenn die Forderungen des Gläubigers gegen die Gesamtschuldner gleich sind. Das käme aber wieder dem oben (S. 7) abgelehnten Erfordernis der „eadem causa" gleich. Das Entscheidende ist vielmehr die Einheit des wirtschaftlichen Zweckes.[2] Und dieser wirtschaftliche Zweck entscheidet auch in dem von Last angeführten Falle der gesamtschuldnerischen Haftung des Versicherers und des Brandstifters auf Ersatz des von diesem angerichteten Schadens, so daß wir eine echte Gesamtschuld vor uns haben.[3]

Diesem von Enneccerus aufgestellten Begriff der Zweckgemeinschaft hat sich auch das Reichsgericht, wenn auch nach vielen Schwankungen,[4] angeschlossen: „Geht man davon aus, daß es einer Gemeinschaft unter den mehreren Schuldnern bedarf, um die Vorschriften über die Gesamtschuld zur Anwendung zu bringen, insbesondere die Ausgleichungsregeln des § 426 BGB., so wird man die Gemeinschaft mit Enneccerus als Zweckgemeinschaft aufzufassen haben. Ein gemeinschaftlicher Entstehungsgrund ist ebensowenig zu verlangen, wie inhaltliche Gleichheit der Ansprüche. Der erkennende Senat hat sich ferner schon dagegen gewandt, ein wahres Gesamtschuldverhältnis schon aus dem Grunde zu verneinen, weil der eine der Schuldner ein abstraktes Versprechen gegeben hat. Auch der Umstand, daß der eine aus Vertrag, der andere aus unerlaubter Handlung haftet, schließt die Gemeinschaft, um die es sich hier handelt, nicht vollständig aus."[5]

Fehlt nun diese sog. Zweckgemeinschaft, so spricht die herrschende Lehre von der unechten Gesamtschuld.[6]

---

[1] Hier macht Leonhard, I, S. 737, den berechtigten Einwand, daß es dann ja auf eine entgeltliche oder unentgeltliche Übernahme der Versicherung ankomme, was wohl belanglos sei.

[2] Wie hier auch besonders Leonhard, I, S. 735, 736; Winkler, S. 31, Heinemann, S. 33, Anm. 2; Klingmüller, a. a. O, S. 111 ff.; Reichel, S. 50, Anm. 1: „Die Unterscheidung sei abwegig, denn die Leistung des Versicherers und des Brandstifters ginge doch auf denselben Zweck." Ferner auch noch Eberstadt, S. 20, 21; a. A.: Endler, S. 19

[3] a. A. jedoch die S. 9, Anm 8 erwähnten Schriftsteller; vgl. noch Allisat, S. 74.

[4] RG. 61, 60/61; 67, 130; bes. RG. 77, 323; auch noch RG. 79, 290.

[5] RG. 77, 323; RG. JW. 12, 141, bes. S. 142; RG. 82, 430; 92, 408.

[6] RGRK. I, S. 633; Crome, II, S 372, Anm. 22; Eisele a. a. O, S. 478 ff.; Oertmann II, 1, S. 495; Planck, II, 1, S. 622; Enneccerus-Lehmann, II, S. 307; Hartmann, ArchZivPrax. 73, 397; Staudinger, II, 1, S. 898; de Boor, S. 100, Anm. 135; Klingmüller, a. a. O., S. 35/36; RG. 79, 288; 92, 408; Pastor, S 9–12; anscheinend auch Schwab, S. 23; Weiß, S. 10/11; Hoffmann S. 18, 84;

b) Es soll jetzt untersucht werden, ob der für die echte Gesamtschuld aufgestellte Begriff der Zweckgemeinschaft gleichfalls auf die unechte Gesamtschuld anwendbar ist.

Nach Eisele lag eine unechte Gesamtschuld vor, wenn die eadem causa des Gesamtschuldverhältnisses fehlt, also bei „den verschiedenen causae entstammenden und nur durch die Identität des Zweckes geeinten Obligationen".[1] Da nun nach herrschender Ansicht[2] das Fehlen der eadem causa der Gesamtschuld den Charakter einer echten nicht nimmt, Eisele aber auch für die unechte Gesamtschuld das Kriterium einer Zweckgemeinschaft fordert, so kommen wir zu dem Ergebnis, daß auch die sog. unechten Gesamtschulden nach Eisele echte im Sinne der §§ 421 ff. sind.[3]

Ebenso ergeht es den unechten Gesamtschulden Klingmüllers.[4] Auch ihn können wir mit seiner eigenen Ansicht erfolgreich widerlegen. Nach Klingmüller liegen nämlich unechte Gesamtschulden vor, wenn die von ihm geforderte, aber bereits oben (S. 9) zurückgewiesene subjektive causa fehlt. Aber auch Klingmüller sagt dann weiter, daß allen einzelnen Schuldverhälteissen doch der gleiche Richtungspunkt von vornherein nach demselben Schuldzweck gegeben ist. Durch einmalige Leistung wird in jedem Falle dieser erstrebte Zweck erreicht.[5] Also auch hier Zweckgemeinschaft in unserem Sinne, so daß wir ebenfalls ein echtes Gesamtschuldverhältnis vor uns haben.

Jetzt werden wir die herrschende Ansicht zu widerlegen versuchen. Sie will die begriffliche Sonderstellung der unechten Gesamtschulden für den Fall annehmen, daß die Zweckgemeinschaft fehlt und die einzelnen Schuldner ohne innere Beziehung zu einander zufällig für dasselbe Interesse des Gläubigers haften. Das ist aber ein Widerspruch in sich,[6] wenn die herrschende Ansicht einmal für die echte Gesamtschuld eine Zweckgemeinschaft erfordert, dann aber eine unechte Gesamtschuld annimmt, wenn zwar die einzelnen Schuldner auch hier für dasselbe Interesse (also denselben Zweck) des Gläubigers, aber nur zufällig nebeneinander haften. Haften nämlich mehrere Schuldner für das gleiche Interesse des Gläubigers, so werden

---

Piechocki, S. 27 ff,, bes. S. 36; Schoenfeldt, S. 1, 4; Schumann, S. 4 ff., bes. S. 10—12; Donnevert, S. 13; Schmitz, S. 12 ff.; Jander S. 45; Hoerlin S. 80 ff., 82, 83: der zwar anerkennt, (S. 82), daß auch bei der unechten Gesamtschuld durch einmalige Erfüllung der Zweck sämtlicher Obligationen voll erreicht wird, dann aber (S. 83) die §§ 422 ff. nur auf echte Gesamtschuldverhältnisse angewandt wissen will. Guhl, S. 177; Endler, S. 11 ff., bes. S. 20.

[1] Eisele, a. a. O., S. 478 ff.

[2] RG. 77, 323; 79, 290; 82, 439, u. a. m.

[3] So auch Korintenberg, a. a. O., S. 18.

[4] a. a. O., S. 62—64.

[5] a. a. O., S. 64.

[6] So richtig auch Schmidt, a. a. O., S. 51; Kleinmann, S. 43.

dadurch schon Beziehungen unter den Gesamtschuldnern geschaffen, so daß man hierin eine Zweckgemeinschaft erblicken kann. Dann bleibt aber für die Annahme einer nur zufälligen ohne jede innere Beziehung zueinander bestehenden Haftung kein Raum mehr.[1] So sagt Heck sehr richtig, daß der Begriff der objektiven Zweckgemeinschaft eine Unterscheidung zwischen echter und unechter Gesamtschuld überflüssig macht.[2] Sogar ein Anhänger[3] der herrschenden Lehre nimmt eine echte Gesamtschuld als vorliegend an, wenn mehrere Verpflichtungen zu derselben Leistung „rein zufällig" zusammentreffen. Ähnlich urteilt auch de Boor[4] (auch ein Anhänger der herrschenden Lehre), der den Begriff der „Zweckgemeinschaft" für die echte Gesamtschuld nur als Notbehelf ansieht, da das Reichsgericht den Begriff sehr lose fasse, daß nämlich die mehreren „nicht ohne jeden inneren Zusammenhang Schuldner geworden sind."[5] Undeutlich ist auch die Begründung des Kommentars der Reichsgerichtsräte, wann eine unechte Gesamtschuld gegeben sein soll. Er schließt nämlich bei nur zufälliger Zweckgemeinschaft die Identität aus,[6] kurz vorher aber läßt er es für die Identität der Leistung genügen, „wenn mehrere Personen, jede für sich, im Interesse des Gläubigers behufs Erreichung desselben Zwecks tätig geworden sind". Hier habe die Identität der Leistung ihren Grund in der Identität des Zwecks.[7]

Wenn sich auch das Reichsgericht meistens unklar und schwankend bei dem Auswerfen des Begriffs der unechten Gesamtschuld zeigt, so scheint es sich doch in der letzten Entscheidung über diese Frage zu einem festen Standpunkt durchgerungen zu haben, nämlich zur Anerkennung nur einer Art Gesamtschuld; denn das Reichsgericht schließt daraus, daß mehrere einem Kläger in der Weise haften, daß jeder den ganzen Schaden zu leisten, der Kläger aber nur einmal zu fordern hat, auf eine Gesamtschuld.[8] Dasselbe geht aber auch aus § 421 hervor, wenn mehrere eine Leistung in der Weise schulden, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist.

Das Ergebnis ist also, daß die objektive Zweckgemeinschaft das Kriterium sowohl für die echte wie für die unechte Ge-

---

[1] Vgl. Korintenberg, a. a. O., S. 19, 20; Schmidt, a. a. O., S. 51/52.

[2] Heck, Schuldrecht, S. 239.

[3] Planck, II, 1, S. 622.

[4] S. 100, Anm. 135.

[5] RG. 82, 439.

[6] RGRK. I, S. 633.

[7] Derselbe, S. 632.

[8] RG. SeuffArch. 78, S. 130.

samtschuld ist, so daß wir die herrschende Lehre ablehnen müssen.[1]

In § 421 ist daher eine Legaldefinition der Gesamtschuld zu erblicken. Von einer Unterscheidung innerhalb der Gesamtschuld sagt das Gesetz kein Wort. Vielmehr ist die Unterscheidung des gemeinen Rechts, wie wir schon festgestellt haben, bewußt verworfen worden, um einen einheitlichen Begriff der Gesamtschuld zu schaffen und Unklarheiten zu beseitigen.[2]

Auch wenn wir die Anwendbarkeit der §§ 422 ff. auf die unechte Gesamtschuld prüfen, zeigt sich ebenfalls, daß wir im heutigen Recht mit einer Art Gesamtschuld auskommen. Zunächst sind jedoch die Fälle des § 255 abzusondern; denn diese fallen nicht unter die Gesamtschuld, auch nicht unter die sog. unechte. Wenn auch die herrschende Lehre und ihre Anhänger unter ganz verschiedenen Umständen eine unechte Gesamtschuld annehmen, so stimmen sie doch darin überein, daß unter diesen Begriff der unechten Gesamtschuld nur solche Rechtsverhältnisse fallen, bei denen durch die Leistung eines Gesamtschuldners alle anderen Gesamtschuldner von ihrer Leistungspflicht dem Gläubiger gegenüber befreit werden.[3] Das ist gerade das Merkmal der Gesamtschuld, der echten wie der unechten,[4] welches in den Fällen des § 255 fehlt. Dies wird von einigen Schriftstellern[5] nicht mit genügender Schärfe beachtet. Wird z. B. durch D eine Sache gestohlen und haftet der Verwahrer V zunächst für den Verlust, so wird er zwar bei Rückgabe der gestohlenen Sache durch D von seiner Ersatzpflicht befreit, jedoch nicht umgekehrt. Dieses Beispiel ist der typische Fall des § 255, der daher auch ganz richtig bestimmt, daß V bei Ersatzleistung seinerseits den Anspruch gegen D fordern kann. Durch die Leistung des V wird D also nicht frei. Da D zur

[1] Gegen die herrschende Lehre auch: bes. Leonhard, I, S. 732 ff.; Korintenberg, a. a. O., S. 1 ff., 27 f.; Schmidt, a. a. O, S. 1 ff; v. Thur II, S. 678; Hruza, SächsArch. 5, S. 194; Kreß, S. 609; Stammler, S. 247; „Unter den Gesamtschuldverhältnissen sind zwei Klassen nicht zu unterscheiden." Heck, ArchZivPrax. 122, 132; Derselbe, Schuldrecht, S. 239; Kuhlenbeck, JW 99, 133; Kleinmann, S. 42—44, 46, 85/86; Siber, HdRW. II, S. 769, aber ohne endgültige Klärung; Derselbe, Schuldrecht, S. 161; Diefenbach, S. 46 ff., 50—54; Allisat, S. 59 ff., 65, 69, 101, 146, 147; allerdings mit der Unterscheidung, zwischen Einheit des materiellen und rechtlichen Zwecks; ebenso Last, S. 39 ff.; Dernburg, II, 1, S. 450; nicht ganz durchschlagend, da er trotz Ablehnung des Begriffs der unechten Gesamtschuld eine Sonderbehandlung derselben zugibt; Eberstadt, S. 20 ff. und 41 ff.; Heinemann, S. 29 ff., bes. S 37; Reichel, S. 50, 51, 56, 58 ff., aber doch wiederum mit der Spaltung in homogene und heterogene Schuldverhältnisse; Derselbe, JW 27, 1635, Ziff. 7; Winkler S. 36.

[2] Vgl. Mot. II, S. 155; Hellwig, S. 202, Anm. 374; Rumpf, S. 80; Reichel, S. 95; schwächer auch RG. 61, 76; vgl. auch Tuzina S. 96.

[3] Vgl. u. a. Schollmeyer, I, S. 431; Rehbein S. 452 (II); Eisele, a. a. O., S. 458.

[4] So richtig Schmidt, a. a. O., S. 15; Heinemann, S. 38.

[5] So u. a. Donnevert, S. 38 ff., bes. S. 57; Binder, S. 563; Klingmüller, a. a. O. S. 41, Ziff. 3; Guhl, S. 202 ff.

Zurückgabe der gestohlenen Sache verpflichtet ist, während der Ersatzanspruch des Eigentümers der Sache gegen den V sich nur als Ersatz für den Anspruch gegen D darstellt, sind die beiden Ansprüche nicht gleichwertig und „daher nicht ohne weiteres durch einander zu ersetzen."[1] Da also eine „wechselseitige Einwirkung der Leistung"[2] des D und V aufeinander nicht vorhanden ist, entfällt damit die Annahme einer echten Gesamtschuld.[3] Es liegt in diesem Falle aber auch keine unechte Gesamtschuld vor, wie die herrschende Ansicht annimmt; denn es fehlt hier an der sog. Tilgungsgemeinschaft, weil die beiden Leistungen nicht auf dasselbe Ziel hinauslaufen und die Gleichartigkeit der Schulden fehlt.[4] Das Gleiche gilt für die Versicherung gegen Diebstahl; ersetzt nämlich der Versicherer den Schaden, so wird der Dieb nicht von der Rückgabepflicht der gestohlenen Sachen frei.

Nachdem wir die Fälle des § 255 ausgeschieden haben, soll die Anwendbarkeit der §§ 422 ff. auf die unechte Gesamtschuld untersucht werden.

Nach § 422 wirkt die Erfüllung e i n e s Gesamtschuldners auch für die übrigen. Bei den unechten Gesamtschuldverhältnissen laufen die Verpflichtungen der Gesamtschuldner auf dasselbe Ziel, auf das Interesse des Gläubigers, nämlich die Sicherung seines Anspruches, zusammen. Leistet ein Gesamtschuldner, so hat der Gläubiger alles erlangt, was er verlangen konnte. Damit ist „der Zweck der Gesamtschuld, d. h. die Sicherung des gleichen Zieles durch mehrere Schuldner erreicht".[5] Dementsprechend werden auch die übrigen Gesamtschuldner von ihrer Leistungspflicht gegenüber dem Gläubiger befreit. Man könnte hier zwar einwenden, daß doch bei Zahlung des Versicherers der Brandstifter nicht frei wird, sondern der Anspruch gegen ihn auf den Versicherer übergeht (§ 67 VVG.).[6] Dieser Einwand trifft jedoch nicht zu, denn nach § 426 Abs. II geht der Anspruch des Gläubigers gegen die Gesamtschuldner auch auf den zahlenden Gesamtschuldner über, obgleich die übrigen Gesamtschuldner durch die einmalige Leistung dem Gläubiger gegenüber befreit sind. Ebenso wie die Erfüllung für alle wirkt, haben auch ihre Surrogate gesamtbefreiende Wirkung, nämlich die Leistung an Erfüllungsstatt, die Hinter-

---

[1] So Leonhard, I, S. 740.

[2] Korintenberg, a. a. O. S. 17.

[3] So richtig Leonhard, I, S. 740; Schmidt a. a. O., S. 15, 55; Korintenberg, a. a. O., S. 17; Heinemann, S. 42 ff., 45, 48; Allisat, S. 76 ff., 86.

[4] Im Ergebnis ebenso Leonhard, I, S. 738 ff.

[5] Korintenberg, a. a. O„ S. 4.

[6] Diesen Einwand macht auch in der Tat Enneccerus-Lehmann, II, S. 308, Anm. 13.

legung und die Aufrechnung. Daher stehen einer Anwendung des § 422 auch auf die unechte Gesamtschuld keine Bedenken entgegen.[1]

Die Anwendung des § 423 auf die unechte Gesamtschuld stößt nicht auf große Schwierigkeiten, da die Wirkung des Erlasses dem Willen der Parteien freigestellt ist. Auch nach der herrschenden Ansicht, die noch an dem Begriff der unechten Gesamtschuld festhält, müßte § 423 auf die unechte Gesamtschuld anwendbar sein. Wenn nämlich sogar bei echten Gesamtschuldverhältnissen der Erlaß subjektive Wirkungen (also nur zwischen den Parteien) zu äußern vermag, so müßte das doch erst recht der Fall sein bei den unechten Gesamtschuldverhältnissen, bei denen ja nach herrschender Ansicht die Gesamtschuldner nur lose nebeneinander stehen, weil jede innere Beziehung fehlen soll. Da § 423 bei seiner weiten Fassung dem Parteiwillen großen Spielraum läßt, gilt er auch für die Fälle der unechten Gesamtschuld.[2]

Der Anwendung des § 424 auf unechte Gesamtschuldverhältnisse stehen ebenfalls keine Bedenken entgegen. Der Verzug des Gläubigers e i n e m Gesamtschuldner gegenüber wirkt auch für die übrigen nach § 424. Da nämlich die Gesamtschuldner demselben Interesse des Gläubigers dienen und der Gläubiger durch Nichtannahme der Leistung seitens eines Gesamtschuldners sein mangelndes Interesse kundgibt, so soll das auch den übrigen Gesamtschuldnern zugute kommen. Hätte nämlich der Gläubiger die Leistung angenommen, so wären alle befreit worden. Daher soll der Gläubiger trotz der gesamtschuldnerischen Haftung der mehreren Schuldner nicht willkürlich je nach Laune eine Leistung, die ihm angeboten wird, verweigern können, indem er sich sagt, er könne ja noch einen anderen Gesamtschuldner auf das Ganze belangen. Das ist nicht der Zweck einer Gesamtschuld.[3]

---

[1] Ebenso Leonhard, I, S. 736; Schmidt, a. a. O., S. 55; Reichel, S. 52 ff.; Klingmüller, a. a. O., S. 85; Korintenberg, a. a. O., S. 29; Diefenbach, S. 51; Allisat, S. 104 ff.; Eberstadt, S. 42; Heinemann, S. 38; Schmitz, S. 34; a. A.: Oertmann, II, 1, S. 495, der die Regeln der §§ 420 ff. nicht ohne weiteres auf die unechte Gesamtschuld anwenden will; ähnlich auch Staudinger, II, 1, S. 906.

[2] So auch Leonhard, I, S. 737; Korintenberg, a. a. O., S. 29/30; Diefenbach, S. 53; Allisat, S. 117; Eberstadt, S. 49, 51; Heinemann S. 48 ff.; Winkler, S. 32; ebenso, aber mit verschiedenen Begründungen, Planck, II, 1, S. 625; Reichel, S. 51; Klingmüller, a. a. O., S. 87 ff.; Schmidt, a. a. O., S. 58 ff., 61; a. A.: Oertmann, a. a. O.; Staud. a. a. O.; Donnevert, S. 35f.; Schmitz, S. 35.

[3] Vgl. Korintenberg, a. a. O., S. 30; ebenso Leonhard, I, S. 737; Reichel, S. 52, 54 ff.; Schmidt; a. a. O., S. 63 ff, bes. 66; Allisat, S. 123; Diefenbach, S. 52; Eberstadt, S. 52, allerdings mit Einschränkungen; Heinemann, S. 52, 53; a. A.: Donnevert, S. 37, 38; ebenso, aber mit verschiedener Begründung: Klingmüller, a. a. O., S. 92 ff.; Crome, II, S. 376 ff.; Schmitz, S. 37; ohne jegliche Begründung Oertmann, II, 1, S. 495; Planck, II, 1, S. 627.

Nach § 425 wirken andere als die eben besprochenen Tatsachen der §§ 422–424 nur für und gegen d e n Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten. Die Anwendung dieser Gesetzesbestimmung setzt also keine innere Verbindung unter den Gesamtschuldnern voraus, sondern entspricht geradezu dem Wesen der unechten Gesamtschuld, als sie eben nach der herrschenden Ansicht eine noch losere Verbindung als das echte Gesamtschuldverhältnis zwischen den mehreren Schuldnern voraussetzt. Daher ist § 425 auch auf die unechte Gesamtschuld anwendbar.[1]

Die praktisch wichtigste Frage ist jedoch die, ob § 426, nach welchem unter Gesamtschuldnern ein Ausgleich im Zweifel nach Kopfteilen stattfindet, auch auf die unechte Gesamtschuld anzuwenden ist. Gerade im § 426 erblickt nämlich die herrschende Ansicht ein Argument für die Unterscheidung zwischen echter und unechter Gesamtschuld und beruft sich auf den Fall des Versicherers und des Brandstifters. Hier könne doch unmöglich der Brandstifter gegen den Versicherer Regreß auf die Hälfte nehmen. Darum könne § 426 auf die unechte Gesamtschuld keine Anwendung finden.[2] Um diesen ganz unmöglichen Anspruch abzulehnen, hat die herrschende Lehre scheinbar den Begriff der Zweckgemeinschaft aufgestellt[3] und so zwischen echter und unechter Gesamtschuld geschieden, womit sie jedoch unnötigerweise die Unklarheiten des gemeinen Rechts wieder hervorgerufen hat, die vom Gesetzgeber bewußt beseitigt sind.[4] Es gibt nämlich noch andere Wege, um einen Regreßanspruch des Brandstifters gegen den Versicherer abzulehnen. Einmal hätte der Versicherer dem Brandstifter gegenüber die Einrede der wirklichen Arglist,[5] dann ist aber auch § 254, wie wir unten sehen werden, eine „anderweitige Bestimmung" im Sinne des § 426 Abs. I, mit dessen Hilfe dieser Anspruch abzulehnen wäre, weil der Brandstifter als alleiniger schuldhafter Täter den Schaden auch allein zu tragen hätte. Gegen die herrschende Ansicht spricht ferner, daß sie zwar einmütig die Anwendung

---

[1] So besonders Korintenberg, a. a. O., S. 30; Leonhard, I, S. 736; Klingmüller, a. a. O., S. 95, 96; Schmidt, a. a. O., S. 66, 67; Reichel, S. 51; Diefenbach, S. 53; Eberstadt, S. 54; ebenso auch Anhänger der herrschenden Ansicht, so Oertmann, II, 1, S. 495 (jedenfalls ist das Gegenteil dort nirgends ausgesprochen); Staudinger, II, 1, S. 906: „Die §§ 421 ff. sind anwendbar, als sie nicht gerade auf der Zweckgemeinschaft beruhen"; anscheinend auch Enneccerus-Lehmann, II, S. 308.

[2] So Oertmann, II, 1, S. 507; Derselbe, Vorteilsausgleichung, S. 124 ff., 293; Enneccerus-Lehmann, II, S. 307 8; Staudinder, II, 1, S. 898, 923; Planck, II, 1, S. 623; RGRK I, S. 636; Crome, II, S. 376; Schollmeyer, I, S. 431; Dernburg, II, 1, S. 461; Klingmüller, a. a. O., S. 96 ff.; RG. 61, 60 ff.; 67, 128 ff.; 79, 290; 82, 430; RG. i. JW. 13, 860; 15, 23; Guhl, S. 188 ff.; Weiß, S. 11.

[3] Vgl. Kreß, S. 609.

[4] Vgl. Mot. II, S. 155/56.

[5] So besonders Leonhard, I, S. 737.

des § 426 auf die unechte Gesamtschuld ablehnt, aber doch unter ganz verschiedenen Voraussetzungen eine solche annimmt.

Sehr gut läßt sich die Anwendbarkeit des § 426 auf die unechte Gesamtschuld im Anschluß an Heck begründen. Dieser nimmt bei Vorliegen des Tatbestandes des § 421 eine Interessenverbindung, eine Opfer- und Gefahrgemeinschaft, an,[1] kraft deren ein Ausgleich stattzufinden hat. Falls nämlich kein Ausgleich besteht, hat jeder Gesamtschuldner ein Interesse daran, daß nicht er, sondern ein anderer die geschuldete Leistung erbringt. Zahlt nun ein Gesamtschuldner die ganze geschuldete Summe, so bringt er damit ein Opfer und muß daher wieder eine Entschädigung haben, die ihm dann durch die Regreßmöglichkeit zugestanden wird;[2] „wo Tilgungsgemeinschaft, da muß auch Ausgleichung stattfinden".[3] So sieht sich auch die herrschende Ansicht gezwungen, in manchen Fällen dem zahlenden unechten Gesamtschuldner eine Rückgriffsmöglichkeit zu bieten. Und zwar tut sie das auf dem Umwege über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder die ungerechtfertigte Bereicherung.[4]

Da wir gesehen haben, daß § 426 bei unechten Gesamtschuldverhältnissen ebensogut wie bei echten Anwendung findet, ist die herrschende Ansicht, die eine Ausgleichung nach § 426 bei den unechten Gesamtschuldverhältnissen verneint, abzulehnen.[5]

Das Ergebnis ist also, daß in § 421 eine Legaldefinition der Gesamtschuld zu erblicken ist, und daß die §§ 422—426 auf alle Arten der Gesamtschuld anwendbar sind.

---

[1] Heck, ArchZivPrax. 122, 132; zustimmend Korintenberg, a. a. O., S. 31; im Ergebnis auch so Leonhard, I, S. 737, der den Begriff der Tilgungsgemeinschaft aufstellt.

[2] Vgl. Heck, a. a. O., S. 132.

[3] Leonhard, I, S. 737; ebenso Dernburg, Pand. II, S. 379; Schmidt, a. a. O., S. 69 ff.

[4] Vgl. RGRK. I, S. 635; Oertmann, II, 1, S. 497; Klingmüller, a. a. O., S. 93; RG. 79, 290; hiergegen besonders Leonhard, I, S. 737; Allisat, S. 124 ff., 128f.

[5] Leonhard, I, S. 738; Rumpf, S. 80, 127; Korintenberg, a. a. O., S. 31, 33; Schmidt, a. a. O., S. 60 ff., 102; Reichel, S. 51; Allisat, S. 130; Winkler, S. 33 ff.; Heinemann, S. 54 ff; Heck, Schuldrecht, S. 236; Derselbe, ArchZivPrax. 122, 132; Kreß, S. 609.

II. Abschnitt.

§ 3.

Gleichmäßige Teilung.

Wir kommen jetzt zur Prüfung der Frage, in welchem Verhältnis sich eine Ausgleichung unter den Gesamtschuldnern vollzieht.

1. Haften nämlich mehrere als Gesamtschuldner, so besteht für den einzelnen eine große Gefahr darin, daß der Gläubiger von jedem die ganze Leistung verlangen kann und daß durch die ganze Leistung eines Gesamtschuldners auch die übrigen von ihrer Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber befreit werden, ohne von sich aus etwas zur Erfüllung ihrer eigenen Schuld getan zu haben. Daher bestimmt das BGB. in § 426, daß die Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Teilen verpflichtet sind, soweit nicht ein anderes bestimmt ist; ferner, daß ein etwaiger Ausfall durch einen Gesamtschuldner von den übrigen mit zu tragen ist und daß auf den zahlenden Gesamtschuldner zur Sicherung seines Ausgleichungsanspruchs in dieser Höhe die Forderung des Gläubigers gegen die Gesamtschuldner übergeht. Sobald also mehrere als Gesamtschuldner haften, ist damit die Voraussetzung für die Ausgleichungspflicht gegeben.[1] Erbringt ein Gesamtschuldner die ganze geschuldete Leistung, so hat er gegen die übrigen im Zweifel einen Regreßanspruch nach Kopfteilen.

2. Bedenken entstehen aber, wenn der zahlende Gesamtschuldner nur eine Teilzahlung erbringt, die hinter seinem internen Haftungsanteil zurückbleibt. Soll in diesem Fall ein anteilsmäßiger Ausgleich gegeben sein?

Viele Schriftsteller billigen dem zahlenden Gesamtschuldner einen Rückgriff gegen die übrigen zu. Mit der Teilleistung habe der Gesamtschuldner mehr getan als die übrigen und diese seien dadurch von einem der Leistung entsprechenden Teil der Schuld frei geworden. Daher müsse der betreffende Gesamtschuldner von den übrigen einen verhältnismäßigen Ersatz verlangen können.[2]

---

[1] Mot. II, S. 169; Enneccerus-Lehmann, I, S. 322; Leonhard, I, S. 732; RGRK. I, S. 630; auch Hruza, SächsArch, 5, 292; RG. 61, 60; 79, 290; 84, 430; 87, 64 ff., bes. 67.

[2] Bes. Goldmann-Lilienthal, I, S 464, Anm. 18; Weiß, S. 44 ff., bes. 49, 58; ROHG. 24, 99 ff. (für das preuß. Recht); OLG. Hamburg, HansGZ. 10, Beibl. S. 87: „Jede Leistung berechtige zu einer selbständigen Ausgleichung"; OLG. Jena, Recht 03, Z. 2539; Crome, II, S. 384, Anm. 52; Dernburg, II, 1, S. 460, Anm. 6; Matthiaß, I, S. 477; Planck, II, 1, S. 630; Schollmeyer, I, S. 431; Schulz, S. 59; Koban, S. 149.

Diese Ansicht ist jedoch mit Oertmann[1] als „praktisch unerträglich" abzulehnen, da eine Verpflichtung der einzelnen Gesamtschuldner zur Mitwirkung auch wegen des kleinsten Teilbetrages die an sich schon schwierige Ausgleichung nur noch mehr erschwert. Auch führt diese Ansicht zu kleinlichen Regreßansprüchen und Belästigungen des Rechtsverkehrs,[2] da jeder Gesamtschuldner damit rechnen muß, jeden Augenblick von einem anderen auf einen ganz geringen Ausgleichungsbetrag in Anspruch genommen zu werden. Eine derartige Ausgleichung auf jeden kleinsten Teilbetrag widerspricht jedoch gerade dem Wesen des Gesamtschuldverhältnisses. Hiernach ist jeder Gesamtschuldner bei Fälligkeit der Schuld dem anderen gegenüber verpflichtet, „zur Tilgung der auf ihn (nach dem Innenverhältnis) entfallenden Quote mitzuwirken".[3] Leistet der Gesamtschuldner dann einen hinter seiner Quote zurückbleibenden Betrag, so hat er damit seine Pflicht noch nicht voll erfüllt; er kann daher keinen Ausgleich von den übrigen Gesamtschuldnern verlangen. Dasselbe gilt für den Fall, daß der betreffende Gesamtschuldner gerade seinen Anteil voll bezahlt hat, da er ja nur der ihm den anderen gegenüber obliegenden Pflicht nachgekommen ist.

Wir gelangen also zu dem Ergebnis, daß der Gesamtschuldner, der nur seinen Anteil oder gar noch weniger an den Gläubiger gezahlt hat, von den übrigen keine anteilige Erstattung seiner Leistung verlangen kann.[4]

3. Anders ist jedoch bei Ratenzahlungen zu entscheiden. Da nämlich die einzelnen Raten zu verschiedenen, manchmal sehr weit auseinanderliegenden Zeitpunkten fällig werden, erscheinen sie gewissermaßen als „verselbständigte Leistungen",[5] so daß damit auch die Pflichten der Gesamtschuldner untereinander nach § 426 Abs. 1 hinsichtlich jeder einzelnen Rate selbständig nebeneinander stehen. Zahlt nun ein Gesamtschuldner an den Gläubiger einen Betrag, der zwar nicht seinen dem Innenverhältnis entsprechenden Anteil, aber doch die fragliche Rate übersteigt, so kann er anteilsmäßige Rückerstattung des die Rate übersteigenden Betrages verlangen.[6]

---

[1] II, 1, S. 506; Enneccerus-Lehmann, II, S. 322, Anm. 13, der ein derartiges Ergebnis für nicht wünschenswert hält.

[2] So mit Recht Leonhard, I, S. 731.

[3] Enneccerus-Lehmann, II, S. 321, 322.

[4] So auch die herrsch. Ansicht: RGRK. I, S. 637; Enneccerus-Lehmann, II, S. 322; Oertmann, II, 1, S. 506; Leonhard, I, S. 731; Staudinger, II, 1, S. 918; Reichel, S. 555, 556, Anm 1; Derselbe, JW. 27, 1635 zu Ziff. 5; v. Tuhr, II, S. 700; KG. i. OLG. 33, 254; OLG. Hamburg, HansRGZ. 28, 169/70; Hoffmann, S. 34, 36; Winkler, S. 11; Endler, S. 30; Schumann, S. 36.

[5] So richtig auch Hoffmann, S. 35.

[6] Oertmann, II, 1, S. 506; Enneccerus-Lehmann, II, S. 322, Anm. 13; auch Prot. 1, S. 440.

Wenn wir auch bei Ratenzahlung anders entscheiden, so kann man uns daraus nicht den Vorwurf machen, daß wir nicht folgerichtig vorgegangen seien. Da nämlich bei Ratenzahlung die einzelne Rate in den übrigen Fällen dem jeweiligen Anteil, der sich nach dem Innenverhältnis ergibt, entspricht, steht unser Ergebnis nicht im Widerspruch zu dem oben gefundenen, daß der Gesamtschuldner, der an den Gläubiger nur seinen Anteil oder weniger gezahlt hat, keine anteilige Rückerstattung verlangen kann.

4. Weiter ist noch die interessante Frage zu prüfen, ob die übrigen Gesamtschuldner dem regreßberechtigten auch wieder als Gesamtschuldner haften. Einige Schriftsteller bejahen diese Frage mit folgender Begründung: Da die Schuldner dem Gläubiger gesamtschuldnerisch haften und der Anspruch des Gläubigers gegen die Gesamtschuldner nach § 426 Abs. II auf den zahlenden Gesamtschuldner übergehe, so müßten auch die übrigen dem ersatzverlangenden in derselben Weise wie dem Gläubiger, nämlich als Gesamtschuldner haften.[1] Das ist jedoch nicht richtig. Einmal sind die Gesamtschuldner nach § 426 Abs. I im Verhältnis zueinander im Zweifel zu gleichen Anteilen verpflichtet, so daß also der Regreßberechtigte auch nur in Höhe dieses Anteils von seinen Mitschuldnern Rückerstattung verlangen kann, und auch nur in dieser Höhe der Sicherungsanspruch des § 426 Abs. II auf ihn übergeht. Dann widerspricht jene Ansicht auch der Zweckbestimmung des Gesamtschuldverhältnisses; denn der rechtspolitische Gedanke der Gesamtschuld ist der, daß dem Gläubiger eine gesicherte Stellung verschafft werden soll, während ein derartiges Interesse im Verhältnis der Gesamtschuldner zueinander fehlt. Auch entspricht eine gesamtschuldnerische Haftung dem Regreßberechtigten gegenüber auf den Ausgleich nicht dem Wesen der Ausgleichungspflicht. Gerade weil die Schuldner dem Gläubiger als Gesamtschuldner haften, sollen sie die Last unter sich teilen.[2]

Eine Ausnahme wird man jedoch mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts richtigerweise für den Fall machen müssen, daß der Regreßberechtigte dem Gläubiger zwar auch gesamtschuldnerisch haftet, im Innenverhältnis jedoch (etwa in entsprechender Anwendung des § 254) an der Ausgleichungspflicht

[1] So Hruza, SächsArch. 5, S. 295/96; ähnlich auch Kremer, S. 188 ff., der jedoch den Anteil in Abzug bringt, den der Regreßnehmer selbst tragen muß.

[2] So auch die herrsch. Ansicht: RGRK. I, S. 636/37; Oertmann, II, 1, S. 508; Leonhard, I, S. 732; Staudinger, II, 1, S. 919; Planck, II, 1, S. 631; Enneccerus-Lehmann, II, S. 322, Anm. 15; v. Tuhr, II, S. 701; Matthiaß, I, S. 477; Siber, Schuldrecht, S. 160; Reichel, JW. 27, S. 1635, Anm. 7; RG. 84, 415 ff., bes. 432; 92, 146; in JW. 14, 927, 7; i. Recht 15, 1759.

überhaupt nicht beteiligt ist. In solchen Fällen haften die übrigen Gesamtschuldner auch dem Regreßberechtigten als Gesamtschuldner, da ja eine Aufteilung der Last nicht mehr in Frage kommt.[1]

§ 4.

Abweichung aus Abreden.

Die gleichanteilige Haftung nach § 426 Abs. I Satz 1 ist jedoch, in jedem Fall angewandt, mit großen Härten verbunden. Es soll ja gerade ein billiger und gerechter Ausgleich unter den Gesamtschuldnern stattfinden. Diesem Grundgedanken hat das Gesetz selbst feste Formen gegeben, indem es diese mechanische Teilung nach Köpfen nur gelten läßt, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist" (§ 426 Abs. I Satz 1, 2. Halbsatz). Hier hat das Gesetz also selbst einen Weg offen gelassen, um zu einer jedem Fall gerecht werdenden Teilung zu gelangen.

1. Eine anderweitige Verteilung des Ausgleichs als nach Köpfen können nun die Gesamtschuldner zunächst durch den besonders darauf gerichteten Vertrag herbeiführen. Daß unter einer anderweitigen Bestimmung nur eine vertragliche Vereinbarung verstanden werden kann,[2] ist nicht einzusehen. Wollte man sich nämlich dieser Ansicht anschließen, so würde eine „anderweitige Bestimmung" über den Ausgleich von Zufällen abhängig sein. Besonders bei Gesamtschuldnern aus unerlaubter Handlung wäre ein gerechter Verteilungsmaßstab erschwert, wenn nicht sogar unmöglich gemacht, da hier kaum eine vertragliche Haftungsvereinbarung zu finden sein wird. Dem Parteiwillen ist nun ein weiter Spielraum gelassen, in welchem Verhältnis die Ausgleichung stattfinden soll. So kann der Wille der Parteien dahin gehen, daß ein Gesamtschuldner im Innenverhältnis die ganze Last allein tragen oder daß er frei ausgehen soll oder daß endlich noch eine andere Verteilung der Last stattfindet.

2. Nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend kann sich eine andere Verteilung als nach Köpfen ergeben, insbesondere aus dem Zweck und Inhalt des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses heraus, wenn also ein Rückgriff nach Kopfteilen dem Schuldverhältnis erkennbar widerspricht.[3] Nehmen wir folgendes Beispiel: A hat ein Darlehen in Höhe von 30 RM, B ein solches in Höhe von 70 RM von C erhalten. Beide haften dem C als Gesamtschuldner. Wenn A nun 50 RM

---

[1] So mit Recht RG. 87, 64, 68; 92, 146; i. Warn. 27, S. 206; Oertmann, II, 1, S. 509; RGRK. I, S. 637; Staudinger, II, 1, S. 923; Schulz, S 52; ähnlich auch Reichel, JW. 27, S. 1635, Ziff. 7; a. A. jedoch Weiß, S. 66; Hoffmann, S. 60–62; Schoenfeldt, S. 20, allerdings ohne gute Begründung.

[2] So Zitelmann, S. 5, IV, 2c.

[3] RG. 61, 60; 75, 256; 79, 291; 91, 278; RGRK. I, S. 637; Planck, II, 1, S. 630; Oertmann, II, 1, S. 507; Dernburg, II, 1, S. 461.

an den Gläubiger C zahlt, so hat er gegen B einen Regreßanspruch in Höhe von 20 RM. Zahlt B dagegen 50 RM an C, so hat er gegen A keinen Regreßanspruch.[1] Hier ergibt sich diese von der Regel des § 426 abweichende Verteilung aus dem Zweck des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses. Dieser besteht nämlich darin, dem Gläubiger C eine genügende Sicherheit für seinen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehns zu geben. Andererseits geht der stillschweigende Wille des A und B dahin, daß nach innen beide nur im Verhältnis des ihnen gewährten Darlehns haften sollen, A also auf 30 RM, B auf 70 RM. Zahlt einer von beiden mehr als sein Darlehn beträgt, so kann er den übersteigenden Betrag von dem anderen ersetzt verlangen[2].

§ 5

Abweichung aus der sonstigen Innenbeziehung.

Eine andere Verteilung der Last kann sich weiter aus der sonstigen Beziehung ergeben, in der die Gesamtschuldner zu einander stehen. So haften z. B. Gesellschafter im Innenverhältnis entsprechend ihren Geschäftsanteilen. Ferner kann der Beauftragte, der im Auftrage des schon gesamtschuldnerisch haftenden Auftraggebers zur Sicherung des Gläubigers noch mit in das Gesamtschuldverhältnis eingetreten ist, und an den Gläubiger die ganze Leistung erbracht hat, von seinem Auftraggeber Erstattung der ganzen Leistung verlangen (§§ 670, 683).[3] Hierher ist z. B. der Fall zu rechnen, daß jemand für den Schuldner die Bürgschaft übernimmt. Auch hier liegt ein Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem vor, so daß letzen Endes der Bürge, wenn er den Gläubiger befriedigt hat, von dem Schuldner die ganze Leistung ersetzt verlangen kann.[4] Weiter kann auch ein zwischen dem Geschäftsherrn und dem Angestellten bestehendes Anstellungsverhältnis für die Ausgleichung von Bedeutung sein. Macht sich der zur Erfüllung der Verbindlichkeit benutzte Angestellte dem Vertrags-

---

[1] Beispiel von Winkler, S. 12.

[2] Im Ergebnis ebenso Schulz, S. 32 und 58; Winkler, S. 12, jedoch mit anderer Begründung. Sie stellen den Begriff der materiell fremden und eigenen Verbindlichkeit auf und kommen so zu dem Ergebnis, daß A bei einer Zahlung von 50 RM in Höhe von 20 RM eine ihm materiell fremde Schuld bezahlt habe und daher 20 RM von B verlangen könne; zahlt B 50 RM, so habe er keinen Anspruch gegen A, da er innerhalb seiner materiell eigenen Verbindlichkeit gezahlt habe. Wenn auch das Ergebnis befriedigen kann, so ist diese besondere Konstruktion jedoch nicht erforderlich, wie wir gesehen haben.

[3] Beispiele von Enneccerus-Lehmann, II, S. 320; vgl. auch RG. i. JW. 12, 240, Ziff. 7; i. Gruch. 58, 968 ff.; OLG. Jena, Recht 03, S. 2539.

[4] Vgl. hierzu Schulz, a. a. O., der auch hier mit dem Begriff der formell eigenen, aber materiell fremden Verbindlichkeit zu demselben Ergebnis gelangt.

gegner seines Geschäftsherrn gegenüber durch eine Handlung schadensersatzpflichtig, die sich als Verletzung der dem Vertragsgegner gegenüber bestehenden Verbindlichkeit und seinerseits als eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. dargestellt; oder fügt der von seinem Geschäftsherrn zu einer Verrichtung Bestellte bei Ausführung derselben einem Dritten einen Schaden widerrechtlich zu, so haften beide dem Verletzten als Gesamtschuldner auf Schadensersatz. Dadurch jedoch, daß der Angestellte durch Außerachtlassung der nötigen Sorgfalt sich selbst und seinen Geschäftsherrn schadensersatzpflichtig machte, hat er zugleich auch die nötige Sorgfalt (276) seinem Geschäftsherrn gegenüber verletzt. Diese Verletzung hat der Angestellte gemäß § 276 zu vertreten. Es kann also der Geschäftsherr, der nach den §§ 278, 276 bezw. 831 den entstandenen Schaden ersetzt hat, abweichend von der Regel des § 426 von seinem Angestellten vollen Ersatz verlangen.[1] Besteht also in dem Falle des § 831 zwischen dem Geschäftsherrn und dem zu einer Verrichtung Bestellten ein Vertragsverhältnis, was wohl in den meisten Fällen anzunehmen sein wird, so ist in dieser Hinsicht § 840 Abs. II m. E. als überflüssig anzusehen.

§ 6.

Mehrere Schuldner aus unerlaubter Handlung.

1. Wie oben in den §§ 3—5 der Arbeit eine andere Verteilung der Last als nach Köpfen durch Abreden oder aus der sonstigen Innenbeziehung zwischen den Gesamtschuldnern erfolgte, so hat auch das Gesetz selbst Bestimmungen geschaffen, welche die Ausgleichung abweichend von § 426 regeln. Besonders bei den unerlaubten Handlungen des BGB. §§ 823 ff. hält das Gesetz eine andere Ausgleichung als nach Köpfen für billiger und gerechter. So bestimmt § 841, daß der aufsichtspflichtige Beamte, z. B. der Vormundschafts-, Konkurs- oder Vollstreckungsrichter, wenn er mit dem von ihm Bestellten, also dem Vormund, Konkurs- oder Zwangsverwalter, für einen von diesem verursachten Schaden als Gesamtschuldner haftet, im Innenverhältnis von dem Bestellten keinen anteiligen, sondern vollen Regreß verlangen kann. Dasselbe gilt für den Gegenvormund gegenüber dem Vormund (§ 1833).

Am wichtigsten ist jedoch die Vorschrift des § 840. Danach haften der Geschäftsherr und sein Angestellter für einen Schaden, den dieser in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zugefügt hat, dem Dritten zwar als Gesamtschuldner, jedoch hat im Innenverhältnis der Angestellte den Schaden allein zu tragen, so daß der Geschäftsherr von ihm

[1] RGRK. 1, S. 637; RG. Gruch. 59, 354.

vollen Regreß verlangen kann (§ 840 Abs. II).[1] Haften ferner der gemäß § 832 Aufsichtspflichtige und der Beaufsichtigte als Gesamtschuldner nach § 840 Abs. I, so findet im Innenverhältnis ebenfalls keine Ausgleichung nach Köpfen statt. Vielmehr trägt der Beaufsichtigte, wenn er voll deliktsfähig ist, den ganzen Schaden allein. Ist er jedoch nach den §§ 827, 828 für seine Handlung nicht verantwortlich, muß er aber auf Grund des § 829 aus Billigkeitserwägungen den ganzen Schaden ersetzen, so kann er von dem Aufsichtspflichtigen nach § 840 Abs. II vollen Ersatz fordern. Endlich bestimmt § 840 Abs. III, daß, wenn neben dem nach den §§ 833–838 Haftenden (Tierhalter, Tierhüter, Jagdberechtigter, Gebäudebesitzer) ein Dritter für den Schaden verantwortlich ist, der Dritte im Innenverhältnis den Schaden allein zu tragen hat.

Diese Bestimmung des § 840 reicht jedoch nicht aus, um einer gerechten Ausgleichung in allen vorkommenden Fällen deliktischer Gesamthaftung gerecht zu werden. Es haften z. B. Haupttäter und Gehilfe nach § 840 Abs. I als Gesamtschuldner, wenn sie für den aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schaden nebeneinander verantwortlich sind. Jetzt aber im Innenverhältnis nach § 426 eine Ausgleichung nach Köpfen eintreten zu lassen, würde jedoch der Billigkeit widersprechen.

Auf diese Unbilligkeit verwiesen zunächst nur einige wenige Schriftsteller. So schuf Dernburg eine Abhilfe, indem er dem Täter gegen den Gehilfen jeglichen Regreß versagte, da eine anteilige Haftung der Billigkeit widerstreiten würde,[2] während Crome zwar auch einen anteiligen Regreß verneint, den Gehilfen aber doch einen kleinen Teil des Schadens tragen läßt.[3] Ähnlich entscheidet auch Cosack, der dem Schuldigen in analoger Anwendung des § 817 einen Regreß versagt, wenn seine Beteiligung an dem Schaden derartig überwiege, daß ein von ihm verlangter Ausgleich gegen die guten Sitten verstoßen würde.[4]

Wenn nun mehrere Täter einen Schaden vorsätzlich herbeiführen, so ist ein Ausgleich unter ihnen — und zwar nach Kopfteilen — gegeben. Das sollte nicht bezweifelt werden. Und doch will als einziger Kohler einen Rückgriff ausschließen, da sich niemand auf seinen eigenen Vorsatz berufen dürfe.[5] Das ist jedoch unzutreffend, denn der den Regreß begehrende Täter beruft sich ja gar nicht auf seinen eigenen Vorsatz, son-

[1] Dieser Fall ließe sich auch unter den Abschnitt der Abweichung von der gleichanteiligen Haftung auf Grund der sonstigen Innenbeziehung bringen, wie wir S. 23 gesehen haben, so daß insofern § 840 Abs. II m. E. aber überflüssig anzusehen wäre.

[2] Dernburg, II, 1, S. 461.

[3] Crome, II, 1, S. 385, Anm. 62.

[4] Cosack, I, S. 675.

[5] Kohler, Enzyklopädie, I, S. 663; auch noch RG. 33, 348 ff., bes. 350 und in SeuffArch. 52, 14, 16.

dern auf den seines Mittäters.[1] Es wäre doch auch unbillig, einen der Täter frei ausgehen zu lassen, obwohl sie den Schaden vorsätzlich verursacht haben. Ferner gibt es nirgends eine Bestimmung im Gesetz, die gegen eine Ausgleichung in solchen Fällen spräche.

2. Eingehendere Lösungsversuche für eine billige und gerechte Ausgleichung unter Gesamtschuldnern aus unerlaubter Handlung zeigen jedoch Crome, Schulz und Rumpf.

Haben zwar mehrere Täter durch gemeinsames Handeln vorsätzlich zum Erfolg mitgewirkt, läßt sich der angerichtete Schaden aber „zu gewissen meßbaren Teilen auf die Tätigkeit eines jeden Urhebers zurückführen", so soll nach Crome eine Ausgleichung in diesem Verhältnis stattfinden.[2] Crome bringt zur Begründung seiner Ansicht folgendes Beispiel: Wenn zwei Eigentümer ihr Vieh zu einer Herde vereinigen und auf eine fremde Wiese treiben, so habe der Eigentümer von 10 Kühen 10 mal soviel Schaden angerichtet als der Eigentümer, der nur eine Kuh mit hinaufgetrieben habe. Hier soll nach Crome eine gleichanteilige Haftung unbillig sein.

Diese Beweisführung ist jedoch nicht vorbehaltlos hinzunehmen. Wenn auch objektiv der Schaden, den der eine Eigentümer angerichtet hat, 10 mal so groß ist wie der durch den anderen angerichtete, so muß das Verhalten der beiden Täter mehr von der subjektiven Seite aus betrachtet werden. Da sich aus dem obigen Beispiel ergibt, daß die beiden Eigentümer den Besitzer der Wiese vorsätzlich schädigen wollten, kann hier keine Haftung nach innen im Verhältnis 10:1 stattfinden, wie Crome will. Vielmehr erfolgt die Ausgleichung nach der allgemeinen Regel der §§ 840 Abs. I, 426. Die beiden Eigentümer haften daher dem Geschädigten als Gesamtschuldner, im Innenverhältnis kann jedoch jeder der beiden dem anderen gegenüber mangels einer anderweitigen Bestimmung Ausgleichung auf die Hälfte verlangen.

Dagegen kann man Crome beipflichten, wenn die Viehherde der beiden Eigentümer infolge Fahrlässigkeit auf eine fremde Wiese gerät und dort Schaden anrichtet. Dann findet eine Ausgleichung im Verhältnis 10:1 statt.[3]

Kann jedoch der Schaden nicht rein rechnerisch auf das bestimmte Verhalten eines der Täter zurückgeführt werden, und ist auch eine gleichanteilige Haftung nach § 426 als unbillig anzusehen, so ist mit Crome[4] richtigerweise auch § 812 (wenn auch nicht häufig vorkommend) als eine „anderweitige Bestimmung" im Sinne des § 426 anzusehen, der die Vertei-

---

[1] So sehr richtig auch Schulz, S. 48.
[2] So besonders Crome, II, S. 1070; Derselbe IherJ. 35, 100 ff., bes. S. 109.
[3] Für Crome auch, scheinbar ohne die hier gemachte Einschränkung: RGRK. II, S. 593; Staudinger, II, 3, S. 1854; Oertmann, II, 2, S. 1428.
[4] IherJ, 35, 100, bes. S. 133.

lung der Haftungslast im Innenverhältnis beeinflussen kann. Falls z. B. ein Gesamtschuldner, der die Schuld getilgt hat, die Schuld des anderen Gesamtschuldners ohne rechtlichen Grund übernimmt und durch seine Leistung an den Gläubiger auch den anderen Gesamtschuldner von seiner Verpflichtung befreit, ist dieser grundlos bereichert, so daß § 812 hier die Ausgleichung abweichend von § 426 regelt.[1] Der grundlos Bereicherte muß daher gemäß § 812 dem zahlenden Gesamtschuldner die erbrachte Leistung zurückerstatten.

Schulz[2] zeigt eine andere Lösung, die wir schon oben (S. 22, Anm. 2) kurz angedeutet haben. Er geht aus von dem Begriff der materiell eigenen und fremden Verbindlichkeit. Eine materiell fremde soll dann vorliegen, wenn das Äquivalent nicht mir, sondern einem anderen zugute kommt. Eine nur formell eigene Verbindlichkeit (z. B. Bürgschaft) stände dem Charakter einer materiell fremden nicht entgegen. Dieser Unterschied zwischen materiell eigener und fremder Verbindlichkeit bilde die Grundlage des Regresses unter den Gesamtschuldnern. Ein näheres Eingehen auf die von Schulz noch besonders aufgestellte sog. Regreßskala ist nicht erforderlich, da das Wesentliche dieser Skala sich in dem Grundsatz widerspiegelt, daß derjenige den Schaden tragen muß, der der Ersatzpflicht am nächsten steht. So ist nach Schulz der Schuldige im Verhältnis zu dem Nichtschuldigen der Nähere zur Schadensersatzpflicht und hat daher diesem im Innenverhältnis vollen Ausgleich zu gewähren.

Diese von Schulz vorgeschlagene Lösung kann in vielen Fällen ein angemessenes Ergebnis bringen, so z. B. bei der Gesellschaft, Bürgschaft, Geschäftsführung mit und ohne Auftrag. Wenn man jedoch hier den Gedanken von Schulz gewinnbringend verwerten will, so muß man das Grundverhältnis, das die Regreßpflicht begründet, heranziehen, um feststellen zu können, für welchen Gesamtschuldner die Verbindlichkeit eine materiell eigene oder fremde ist. Und gerade weil man wieder das Grundverhältnis als maßgebend betrachten muß, so kann die Lösung von Schulz nicht in allen Fällen zum Erfolg führen. Besonders bei der Ausgleichung unter Gesamtschuldnern aus unerlaubter Handlung kommen wir mit Schulz zu keinem Ziel, da hier „der maßgebende Gesichtspunkt verdunkelt wird".[3] Nach der von Schulz aufgestellten Skala könnte nämlich der aus vertraglichem Verschulden Haftende, (sogar wenn seine Schuld größer wäre) von dem Deliktsschuldner immer vollen Ausgleich verlangen, was jedoch der Billigkeit widerspricht. Wenn man auch mit Schulz in

---

[1] Vgl. hierzu auch Enneccerus-Lehmann, II, S. 320, A. 7.
[2] S. 32 ff.
[3] So richtig Enneccerus-Lehmann, II, S. 319, Anm. 5; vgl. auch Leonhard, I, S. 730; Oertmann, Vorteilsausgleichung, S. 272.

sehr vielen Fällen zu einer angemessenen Lösung gelangt, so versagt sie jedoch gerade auf dem wichtigsten Gebiet der Gesamtschuld, nämlich bei der Ausgleichung unter Gesamtschuldnern aus unerlaubter Handlung. Da seine Skala sich nicht jedem Fall anpassen kann, und ein solches Sichanpassenkönnen an jeden im modernen Verkehr vorkommenden Fall aber gerade von einem Grundsatz gefordert werden muß, der von seinem Verfasser als geeignet angeboten wird, so ist sie als zu wenig elastisch abzulehnen.

Wenn endlich Rumpf den § 242 als eine „anderweitige Bestimmung“ im Sinne des § 426 Abs. I Satz 1 ansieht, daß nämlich der Regreßberechtigte nach § 426 nur gleiche Teilung, nach § 242 jedoch bald mehr, bald weniger als den Kopfteil, d. i. eine gerechte Teilung, verlangen könne,[1] so geht seine Ansicht doch zu weit; denn § 242 regelt nur die Erfüllungspflicht des Schuldners. Voraussetzung für seine Anwendbarkeit ist also das Bestehen eines Schuldverhältnisses, aus dem sich die Erfüllungspflicht des Schuldners ergibt. Nicht dagegen kann durch die Billigkeitsvorschrift des § 242 ein Schuldverhältnis, in diesem Falle also ein Regreßanspruch, begründet werden. Wäre Rumpfs Ansicht nämlich richtig, so würde damit § 829 überflüssig werden, der als Sonderbestimmung des BGB. einen Anspruch auf Schadensersatz von der Billigkeit abhängig macht. Auch kann man nicht sagen, daß die Worte „soweit nicht ein anderes bestimmt ist“ selbst eine derartige Bestimmung schaffen, denn sie weisen ja ausdrücklich auf „eine andere Bestimmung“ hin.[2] Ferner geht § 426 als die speziellere Bestimmung dem § 242 als der allgemeineren vor. Ähnlich wie Rumpf will auch das OLG. Stuttgart[3] bei der Ausgleichung davon ausgehen, daß der übereinstimmende, wenn auch nicht ausgesprochene Wille der Schadensstifter auf Verteilung des Schadens nach Billigkeitsgrundsätzen gehe. Diese Entscheidung ist jedoch sehr bedenklich; denn gerade bei unerlaubten Handlungen wird dieser Wille bei den Tätern selten, wenn nicht sogar nie — so bei fahrlässigen Delikten — vorhanden sein. Außerdem gibt es im Gesetz selbst Bestimmungen, wie wir noch sehen werden, die zu einem angemessenen und billigen Ergebnis führen.[4]

3. Wenn auch diese verschiedenen Ansichten teils zu engherzig (Crome, Schulz), teils zu weitgehend (Rumpf) sind und daher zu Bedenken Anlaß geben, so kann man aber auch wiederum nicht sagen, daß sie falsch sind. Sie gehen nämlich

---

[1] So Rumpf, S. 87/88; ähnlich auch Dernburg, II, 1, S. 461, der eine anteilige Haftung unter den Gesamtschuldnern überall da verneinen will, wo sie der Billigkeit widerstreite, da es sich bei der Ausgleichung um einen Rechtssatz handle, der in der Billigkeit seinen Grund habe.

[2] So richtig Oertmann, II, 1, S. 26, 507.

[3] Recht 03, Ziff. 1114.

[4] Gegen das OLG. Stuttgart auch bes. Staudinger, II, 3, S. 1954.

von dem ganz richtigen Gedanken aus, daß die Regelung des § 426 allein nicht immer genügt, um zu einem angemessenen Ergebnis zu gelangen. Wenn bei einem Schadensersatzanspruch den einen Gesamtschuldner ein größeres Verschulden trifft als den anderen, so wäre eine Ausgleichung nach Kopfteilen der Sachlage entsprechend unbillig und ungerecht. Wird z. B. eine Sache durch Mitschuld des A und B zerstört, so muß es gleich sein, ob sie dem A (Fall des § 254) oder einem Dritten gehört (Fall der Gesamtschuld).[1] Trifft A Vorsatz, B nur Fährlässigkeit, so erfordert die Billigkeit, daß nach innen eine andere Verteilung der Last als nach Kopfteilen stattfindet; denn es liegen hier die gleichen Voraussetzungen vor wie bei § 254, der Schaden ist durch Verschulden mehrerer Täter verursacht worden. Der Grundsatz jedoch, daß der vorwiegend Schuldige auch den größeren Teil des Schadens zu tragen hat, findet bereits in § 254 seinen Niederschlag. Danach hängt die Verpflichtung zum Schadensersatz „von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht worden ist". Zwar gilt § 254 nur für das Verhältnis zwischen Schädiger und Beschädigtem, so daß er unmittelbar auf die Beziehungen mehrerer zueinander, die als Gesamtschuldner zum Schadensersatz verpflichtet sind, nicht angewandt werden kann. Jedoch ist in dem Fall, wenn A vorsätzlich und B fahrlässig zusammen eine Sache des C zerstören, die entsprechende Anwendung des § 254 geboten, so daß A dem B gegenüber, wenn auch nicht den ganzen, so doch den größeren Teil des Schadens tragen muß. So hat denn auch die Rechtsprechung des Reichsgerichls mit Recht in § 254 einen allgemeinen Grundsatz für alle Schadensersatzverbindlichkeiten aufgestellt gesehen, der über die in § 254 genannten Personen hinaus auch auf das Verhältnis mehrerer gesamtschuldnerisch zum Schadensersatz Verpflichteter Anwendung finden soll: „Für eine gerechte Ausgleichung im Sinne des Gesetzesgedankens im Anfangssatze des § 426 bietet alsdann . . . die entsprechende Anwendung des § 254 den gangbaren Weg, so daß auch hier, wie im Verhältnis des Schädigers zum Geschädigten eine Verteilung des Schadens nach den Umständen, nach der Schwere des Verschuldens und dessen Bedeutung für die Verursachung des eingetretenen Schadenserfolges stattzufinden hat".[2]

---

[1] Beispiel von Leonhard, I, S. 729.

[2] So RG. 75, 256 ff.; 84, 429; 93, 98; 102, 32; in JW. 11, 217, Ziff. 18; 12, 71, Ziff. 8; 15, 22, Ziff. 7; RG. Gruch. 56, 585; 56, 106; in SeuffArch. 67, 324; RG. Recht 23, S. 892; RG. Warn. 11, S. 440; 12, S. 76; 14, Ziff. 247; 20, S. 244; 27, S. 206; RGRK. II, S. 636; Staud., II, 1, S. 922; Oertmann, II, 1, S. 507; Planck, II, 1, S. 630; Leonhard, I, S. 729; Siber, Schuldrecht, S. 160; Enneccerus-Lehmann, II, S. 320/21; Heck, Schuldrecht, S. 236; Kreß, S. 612/13; Weiß, S. 61; Winkler, S. 17; Hoffmann, S. 46/47; Schwab, S. 33; Endler, S. 91; Schwarzschild, S. 72/73.

Diese entsprechende Anwendung des § 254 kann sogar so weit gehen, daß im Innenverhältnis ein Gesamtschuldner den ganzen Schaden zu tragen hat, der andere ganz von der Schadensersatzpflicht befreit wird. Haften z. B. der Bauunternehmer und der schuldhafte Zerstörer des Baues dem Besteller als Gesamtschuldner auf Wiedererrichtung des Baues, so hat im Innenverhältnis der schuldhafte Täter vor dem aus dem Werkvertrag haftenden Unternehmer den ganzen Schaden allein zu tragen.[1]

§ 7.

Mehrere Schuldner aus unerlaubter Handlung und Gefährdungshaftung.

Ist neben den aus den §§ 833—838 Haftenden noch ein Dritter für den Schaden verantwortlich, so soll nach § 840 Abs. III dieser Dritte im Innenverhältnis den ganzen Schaden allein tragen. Diese Regelung des Ausgleichs führt jedoch zu unbilligen Ergebnissen einmal, weil die verschiedenen Gruppen von Verantwortlichen im § 840 in sich nicht folgerichtig geordnet sind, dann aber auch deswegen, weil der Dritte immer allein den ganzen Schaden tragen soll.

1. Nach § 840 erhält man drei verschiedene Gruppen von Verantwortlichen, und zwar:

I. die aus §§ 823—826 wegen schuldhafter Schadensverursachung Haftenden,

II. die bei Verletzung der Aufsichtspflicht wegen vermuteten Verschuldens Haftenden, §§ 831, 832,

III. die aus §§ 833 838 aus Gefährdungshaftung Verantwortlichen.

Obwohl bei den aus den §§ 834, 838 Haftenden ebenfalls Haftung für vermutetes Verschulden vorliegt, führt das Gesetz sie in Gruppe III mit auf. Haftet z B. ein Angehöriger der Gruppe III wegen vermuteten Verschuldens (§§ 834, 838), so könnte er von einem Angehörigen der Gruppe II, obwohl dieser auch für vermutetes Verschulden haftet, vollen Regreß nach § 840 Abs. III verlangen.

Um eine derartige unbillige Lösung zu vermeiden, schuf Rumpf[1] eine andere Gruppenanordnung. Er ordnete die ebenfalls aus vermutetem Verschulden Haftenden (§§ 834, 838) aus Gruppe III in die Gruppe II ein, da nach seiner Ansicht in der Anordnung des § 840 Abs. III ein unverbindliches Redaktionsversehen vorliegen soll.[3]

---

[1] Vgl. Kisch, BayZ. 21, S. 11; Staudinger, II, 1, S. 923; RGRK. II, S. 637; Schmidt, IherJ. 72, 82.

[2] Rumpf, S. 121/22.

[3] Wie Rumpf auch Allisat, S. 141 ff., bes. S. 143; Schulz, S. 33 ff., bes. S. 38.

Dadurch wurden jedoch unbillige Ergebnisse nicht aus der Welt geschafft. Rumpf kommt nämlich in dem Fall, wenn Tierhalter und Tierhüter nach den §§ 833 bezw. 834 als Gesamtschuldner haften, in folgerichtiger Durchführung seiner Skala zu dem Ergebnis, daß immer der Tierhüter den Schaden als Dritter im Sinne des § 840 Abs. III tragen muß. Dieses Ergebnis wird zwar in vielen Fällen richtig sein, jedoch nicht in Anwendung der Skala von Rumpf, sondern aus dem Gedanken heraus, daß in solchen Fällen auf Grund des Innenverhältnisses zwischen Tierhalter und Tierhüter letzterer den Schaden tragen wird; es sei denn, daß der Tierhalter die gefährlichen Eigenschaften des Tieres schuldhaft verschwiegen hat.[1] Bei Nichtvorliegen eines solchen Vertrages kommen wir aber auch ohne Rumpf zu einem billigen Ergebnis. Tierhalter und Tierhüter haften nämlich, wie wir unten in § 8 sehen werden, nach §§ 840 Abs. I, 426 im Innenverhältnis im Zweifel zu gleichen Teilen.[2]

In dem zweiten Beispiel dagegen, das Rumpf zur Begründung seiner Umstellung der Gruppen bringt, kommen wir mit seiner Neuordnung zu einem billigen Ergebnis. Hier wirft ein vierjähriges Kind infolge Unachtsamkeit des Kindermädchens ein Pferd mit einem Stein, das, ebenfalls infolge Unachtsamkeit des Kutschers, durchgehen kann und dabei einen Passanten verletzt. Nach Rumpf haften beide dann zu gleichen Teilen gemäß §§ 840 Abs. 1, 426, 242.

Hier ist jedoch der Einwand zu machen, daß nach dem Beispiel so, wie es gegeben ist, das Kindermädchen und der Kutscher bereits nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 823 ff. und daher nach den §§ 840 Abs. 1, 426, 254 ihrer Verursachung des Schadens entsprechend haften, ohne daß sich der Kutscher auf § 840 Abs. III berufen könnte. Rumpf will das Beispiel aber wohl so verstanden wissen, daß beide aus vermutetem Verschulden haften sollen (§§ 832, 834).

Wenn auch in diesem angenommenen Fall das von Rumpf gefundene Ergebnis, nämlich Haftung zu gleichen Teilen, befriedigen kann, so ist die Neugruppierung Rumpfs doch abzulehnen, weil sie dem Wortlaut des § 840 Abs. III widerspricht. Das gibt auch Rumpf selbst zu; er glaubt dann aber, um dem Sinn des Gesetzes gerecht werden zu können, diese Neuordnung vornehmen zu müssen,[3] was jedoch nicht erforderlich ist.

Wendet man nun den Wortlaut des § 840 mechanisch an, so gelangt man zu dem sehr unbilligen Ergebnis, daß das Kindermädchen im Innenverhältnis den ganzen Schaden allein

---

[1] Vgl. hierzu Oertmann, II, 2, S. 1474.
[2] Vgl. Enneccerus-Lehmann, II, S. 782
[3] Rumpf, S. 122.

tragen muß, da es dem Kutscher gegenüber als Dritter im Sinne des § 840 Abs. III gilt, obwohl beide aus vermutetem Verschulden haften.

Eine billige und gerechte Lösung erhalten wir jedoch, wenn wir auf die Entstehungsgeschichte des § 840 selbst zurückgehen. Hieraus ergibt sich, daß mit der dem heutigen § 840 entsprechenden Bestimmung des § 713 des Entwurfs I von der gleichanteiligen Haftung des § 337 Abs. I (heute § 426 Abs. I) aus Billigkeitsgründen eine Ausnahme gemacht werden sollte.[1] Weiter wird dort gesagt, daß jeder vorkommende Fall wegen seiner verschiedenen Gestaltung unmöglich einzeln geregelt werden könnte. Daraus folgt also, daß § 840 den unbilligen Ausgleich beseitigen soll, wenn einer allein der schuldige Täter ist.

Da jedoch in Rumpfs zweitem Beispiel das Kindermädchen und der Kutscher aus vermutetem Verschulden haften, kann § 840 den an ihn in seiner Eigenschaft als Billigkeitsvorschrift gestellten Anforderungen nicht gerecht werden. Ein billiges Ergebnis kann sich aber aus einer entsprechenden Anwendung des § 254 ergeben, mit dessen Hilfe das Verhalten der beiden Täter zu dem Schaden genügend berücksichtigt werden kann, um dem Maße der Verursachung entsprechend ein gerechtes Ergebnis zu erhalten. Zwar steht der Wortlaut des § 840 einer entsprechenden Anwendung des § 254 entgegen; man muß aber bedenken, daß § 840 selbst in der Billigkeit seinen Grund hat. Darum ist eine analoge Anwendung der Billigkeitsvorschrift des § 254 hier geboten, da § 840 in seiner jetzigen Fassung der gestellten Forderung, nämlich einen gerechten Ausgleich zu schaffen, nicht genügen kann. Ferner kommt noch hinzu, daß der Gesetzgeber selbst bei der Niederlegung der Gesetze noch nicht an eine entsprechende Anwendung des § 254 gedacht hat. Denn er hat § 254 ja unmittelbar nur für das Verhältnis zwischen Schädiger und Beschädigtem geschaffen. Daraus ist jedoch nicht zu entnehmen, daß § 840 insbesondere Abs. III den § 254 gänzlich ausschließen sollte. Diese entsprechende Anwendung des § 254 ist daher durch die Entstehungsgeschichte des § 840 und durch die Forderung nach einem billigen und gerechten Ausgleich gerechtfertigt.

2. Einige Schriftsteller[2] wollen diese analoge Anwendung des § 254 auf den Fall beschränken, daß die Gesamtschuldner aus vermutetem Verschulden haften. Es ergibt sich nämlich aus ihren Ausführungen, daß sie § 254 durch § 840 Abs. III dann für ausgeschlossen halten, wenn auf der einen Seite Gefährdungshaftung, auf der anderen Haftung aus Verschulden vorliegt. In solchen Fällen soll gemäß § 840 Abs. III der

---

[1] Mot. II, S. 737.
[2] Schoenfeldt, S. 40; Endler, S. 99 ff., bes. S. 102.

schuldige Täter dem aus Gefährdung Haftenden gegenüber immer den ganzen Schaden allein tragen.[1]

Das ist jedoch ein sehr unbilliges Ergebnis. Hat bei einem Eisenbahnunfall[2] ein leichtes Verschulden, z. B. des Kutschers mitgewirkt, der das Herannahmen des Zuges nicht bemerkt, so ist es unbillig, wenn die Eisenbahn von diesem vollen Regreß verlangen kann. Ebenso liegt der Fall, wenn ein Kind von einem durchgehenden Pferd verletzt wird. Dann ist es ungerecht, den ganzen Schaden allein dem Dienstmädchen, das nicht genügend auf das Kind geachtet hat, aufzubürden.[3]

Die Fragestellung ist also, ob das Verschulden eines Gesamtschuldners einen Regreßanspruch gegen den aus Gefährdung Haftenden ganz ausschließt, oder ob das Verschulden verhältnismäßig neben der Gefährdung zu berücksichtigen ist. Einen Regreßanspruch des schuldigen Teils kann man mit der Begründung verneinen, daß ein Verschulden stets stärker wiege als die Gefährlichkeit des Betriebes oder der sonstigen in Betracht kommenden Sache.[4] Das ist richtig; denn hier hat das Verschulden den Anstoß zum Schaden gegeben, so daß sich die besondere Gefährlichkeit dadurch erst auswirken konnte. Dies ist auch der Standpunkt des BGB., daß in jedem Fall der schuldige Teil den ganzen Schaden immer allein zu tragen hat (§ 840 Abs. III).

Hier sind jedoch Einschränkungen zu machen. Und zwar ist davon auszugehen, welche Gründe dazu geführt haben, eine Haftung für einen Schaden ohne Verschulden aus der bloßen Gefährdung heraus zu schaffen. In der älteren Zeit hatte man sich die Naturkräfte, wie Elektrizität, Wasser, Dampf usw. noch nicht in dem Maße untertan gemacht, wie heute. Erst mit fortschreitender Entwicklung der Technik zwang der Mensch diese Naturkräfte unter sich, so daß damit eine sehr große Gefährlichkeit geschaffen wurde. In dem Betriebe solcher gefährlicher Unternehmungen könnte man daher schon ein Verschulden des Unternehmers erblicken, wenn solche Betriebe nicht staatlich genehmigt (vgl. § 16 RGewO.) und auch im Interesse der Volkswirtschaft notwendig wären, um im Konkurrenzkampf mit anderen Unternehmern bestehen zu können. Der Unternehmer erzielt weiter mittels dieser gefährlichen Betriebe teils auch einen dementsprechend höheren Gewinn. Daher kann man nicht „den Unternehmergewinn von dem Unter-

---

[1] So besonders auch Dungs, Gruch. 54, S 550; Meyer, Recht 11, S. 154; Schmidt, IherJ. 72, 79; OLG. Stuttgart, Recht 17, Ziff. 353; OLG. Naumburg, Recht 10, Ziff. 3177.

[2] Der allgemeine Rechtsgedanke des § 840 Abs. III, daß die Gefährdungshaftung der Verschuldenshaftung gegenüber den Vorzug verdient, findet auch zu Gunsten der Eisenbahn Anwendung; vgl. darüber bes. § 8 der Arbeit.

[3] Beispiele von Leonhard, I, S. 729, 730

[4] So Schmidt, a. a. O., S. 79.

nehmerrisiko trennen".[1] Der Unternehmer muß also für den Schaden einstehen, „wenn die Gefahren sich realisieren, die er heraufbeschworen hat".[2] Wenn nun in dem obigen Beispiel der unaufmerksame Kutscher auch den Anstoß zu dem Eisenbahnunfall gab, so ist doch zu berücksichtigen, daß der Schaden einen größeren Umfang angenommen hat, als es der Schuld des unaufmerksamen Kutschers entsprach. Und zwar folgte das aus der besonderen Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebes, die in der hohen Geschwindigkeit begründet ist. Daher erfordert die Billigkeit und besonders der gewinnbringende Betrieb der Eisenbahn, daß auch der Eisenbahnunternehmer einen Teil des Schadens trägt. In den meisten Fällen wird sich zwar der Unternehmer durch Versicherungsverträge vor größerem Schaden gedeckt haben; aber auch wenn der Eisenbahnunternehmer nicht versichert wäre, so würde der Schaden ihn nicht so schwer treffen wie den Kutscher, da der Schaden sich auf die unzähligen Reisenden verteilt. Der Kutscher dagegen müßte bei seinem (meistens) geringen Lohn den Schaden in kleinen Raten an den Eisenbahnunternehmer abtragen, was sich bei einem sehr hohen Schaden bis ans Ende seines Lebens hinziehen könnte. In sehr vielen Fällen wird der Unternehmer sogar selten den ganzen Schaden von dem schuldigen Täter ersetzt bekommen, dann nämlich, wenn sein Lohn den unpfändbaren Teil von zur Zeit 195 RM nicht übersteigt.

Aus diesen Erwägungen heraus soll auch der Eisenbahnunternehmer dem schuldigen Täter gegenüber einen Teil des Schadens tragen. Wenn Winkler[3] hier meint, es bedeute eine Prämie für vorsätzliche Schadensstiftung aussetzen, wollte man dem dolosen Täter gestatten, sich auf die Gefährdungshaftung derer zu berufen, deren Einrichtungen er zum Mittel seiner verbrecherischen Handlungen gemacht hat, so ist das nicht richtig. Da nämlich auch für die hier vertretene Ansicht der Grundgedanke des § 254 die Lösung bringt, so wird der Richter immer untersuchen müssen, wer den Schaden überwiegend verursacht hat, und wessen Schuld die größere ist. Auf diesem Wege läßt sich also in dem oben von Winkler erwähnten Fall eine dem wirklichen Anteil an dem Schaden entsprechende Ausgleichung finden. Der vorsätzliche Täter wird also im Innenverhältnis dem Eisenbahnunternehmer den ganzen Schaden ersetzen müssen. Ebenso wird man auch dem Tierhalter neben dem schuldigen Dienstmädchen einen Teil des Schadens auferlegen. Wenn auch die durch Tiere hervorge-

---

[1] So richtig Müller-Erzbach, ArchZivPrax. 106, S. 383 ff., bes. S. 453.

[2] So Rümelin, ArchZivPrax. 88, S. 295; bes. auch Leonhard, II, S. 647; vgl. auch Siber, Schuldrecht, S. 475.

[3] der auch bei fahrlässiger Mitverursachung der Eisenbahn vollen Regreß gegen den fahrlässigen Täter zubilligt, indem er jedoch mit Recht bemerkt, daß die maßgebenden Momente nicht so stark hervortreten. (S. 15).

rufene Gefährlichkeit nicht so groß ist wie die der Eisenbahn, so ist sie doch neben der Schuld in entsprechender Anwendung des § 254 zu berücksichtigen.[1]

Für diese Ansicht spricht besonders, daß auch das Reichsgericht selbst einem bei dem Betriebe der Eisenbahn Verletzten trotz eigenen Verschuldens einen Ersatz gegen die Eisenbahn auf die Hälfte oder sogar von $^2/_3$ des Schadens zuerkannt hat.[2] Diese Entscheidungen des Reichsgerichts sprechen zwar gegen den Wortlaut des § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871, wonach der Unternehmer nur haftet, falls bei dem Schaden nicht ein eigenes Verschulden des Verletzten mitgewirkt hat. Aber hier hat das Reichsgericht mit Recht auch die besondere Gefährlichkeit der Eisenbahn in Erwägung gezogen und § 254 entsprechend angewandt, um zu einem billigen Ergebnis zu gelangen.

Ferner zeigt auch die neuere Gesetzgebung, daß diese Einschränkung des § 840 Abs. III nach dem Rechtsgrundsatz des § 254 nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen ist. So bestimmt insbesondere § 27 Abs. II des Luftverkehrsgesetzes vom 1. August 1922, daß, wenn neben dem aus Gefährdung haftenden Fahrzeughalter ein anderer, worunter auch ein schuldiger Täter fällt, für den Schaden verantwortlich ist, daß dann Abs. I entsprechend gilt, wonach die Schadensersatzpflicht „von den Umständen, insbesondere davon abhängt, wie weit der Schaden überwiegend von dem einen oder anderen verursacht worden ist". Hier macht das Gesetz selbst die Einschränkung, die vom Verfasser auch für § 840 Abs. III empfohlen wird.

Wir gelangen also zu dem Ergebnis, daß der Dritte im Sinne des § 840 Abs. III nicht immer den ganzen Schaden allein zu tragen braucht gegenüber solchen, die aus Gefährdung haften. Vielmehr ist § 840 Abs. III nach dem Ausgleichsgedanken des § 254 dahin einzuschränken, daß auch die Gefährlichkeit mit in Betracht zu ziehen, und nach der überwiegenden Verursachung der den einzelnen Gesamtschuldner treffende Haftungsanteil zu bestimmen ist.

§ 8.

Mehrere Schuldner aus verschiedenen Gefährdungshaftungen.

Haften mehrere als Gesamtschuldner aus verschiedenen Gefährdungshaftungen, so hat das Gesetz in einigen Fällen eine Ausgleichung zugestanden und geregelt, in anderen jedoch nicht.

[1] So besonders Leonhard, I, S. 37 ff., bes. S. 191/92, II, S. 624, 663, 667; auch schon Rümelin, ArchZivPrax. 88, 301, 315; Müller-Erzbach, daselbst, Bd. 106, S. 323.

[2] So RG. 53, 394 ff., bes. 398, 399. Ähnlich RG. 51, 277 ff.; 56, 155; 62, 146 ff.; in JW. 27, S 1141; anders jedoch RG. 71, S. 7 ff.; vgl. auch Schierlinger, SeuffBl. 70, S. 118.

1. Besonders interessiert die Frage, weil im Gesetz nicht geregelt, ob die Eisenbahn als Dritter im Sinne des § 840 Abs. III anzusehen ist oder nicht. Wenn z. B. ein Pferd durch Vorüberfahren der Eisenbahn scheut, durchgeht und einen Passanten verletzt, so erscheint es unbillig und ungerecht, wenn der Tierhalter von der Eisenbahn Regreß verlangen kann, obwohl beide aus dem gleichen Grunde, nämlich aus Gefährdung, haften. Es herrscht jedoch darüber Uneinigkeit, ob die Gefährlichkeit der Eisenbahn der Gefährdung des Tierhalters gegenüber zu berücksichtigen ist oder nicht.

So will Eger[1] die Eisenbahn erst in letzter Linie haften lassen, also hinter allen anderen Personen, die zivilrechtlich zum Schadensersatz verpflichtet sind. Hat der Eisenbahnunternehmer also den ganzen Schaden ersetzt, so soll er von sämtlichen Haftpflichtigen, im obigen Beispiel also von dem Tierhalter, vollen Regreß verlangen können. Diese Ansicht Egers ist jedoch als zu weitgehend abzulehnen, wenn man einmal in Betracht zieht, wie viel gefährlicher der Betrieb der Eisenbahn als das Halten von Tieren ist. Dann kann Eger aber auch im Gesetz selbst für seinen Standpunkt keine Stütze finden.[2]

Die entgegengesetzte Ansicht vertritt das Reichsgericht. Nach seiner Rechtsprechung soll nicht der Eisenbahnunternehmer von dem Tierhalter, sondern umgekehrt der Tierhalter von dem Eisenbahnunternehmer Ersatz verlangen können. Das Reichsgericht[3] sieht also den Eisenbahnunternehmer als Dritten im Sinne des § 840 Abs. III an. Dieser Standpunkt befindet sich mit der älteren Rechtsprechung[4] im Einklang, da hier in § 840 Abs. III noch nicht der allgemeine Grundsatz erblickt wird, daß die Gefährdungshaftung immer vor der Haftung aus wirklichem Verschulden den Vorzug verdient. Vielmehr soll dieser Grundsatz nur für die im § 840 Abs. III genannten Fälle der Gefährdungshaftung (§§ 833—838) gelten, und zwar bedründet das Reichsgericht seine Ansicht, daß § 840 Abs. III diesen allgemeinen Grundsatz nicht enthalte, damit, daß die Fälle der §§ 833—838 unter sich nicht gleichartig seien. Denn neben Bestimmungen, die eine Gefährdungshaftung enthielten (z. B. § 833 Abs. I), ständen solche (z. B. § 834, s. o.), die eine Haftung aus vermutetem Verschulden begründeten. Daher sei § 840 Abs. III als eine Ausnahmebestimmung anzusehen, die

---

[1] Eger, RHG. S. 85 ff., bes. S. 89.

[2] Gegen Eger auch besonders das RG. i. 61, S. 62/63.

[3] Wie das RG. auch RGRK. II, S. 638, obwohl hier eine gewisse Ähnlichkeit des Rechtsgrundes der Haftung des Eisenbahnunternehmers mit derjenigen des aus den §§ 833—838 Haftenden zugegeben wird. Ferner Siber, Schuldrecht, S. 489; Staudinger, II, 3, S. 1955; Oertmann, II, 2, S. 1474; Planck, II, 2, S. 1821; Müller, S. 358.

[4] RG. 58, 337.

zur analogen Anwendung ungeeignet sei.[1] Diese Beweisführung des RG. ist jedoch zu bekämpfen; denn gerade weil in § 840 Abs. III verschiedene Haftungen geregelt sind, wird keine Ausnahmebestimmung, sondern eine allgemeine Rechtsregel geschaffen. Will man sich jedoch dem Reichsgericht anschließen, so darf man aber trotzdem nicht sagen, daß § 840 Abs. III als Ausnahmevorschrift zur Analogie nicht geeignet sei. Analogie ist nämlich gestattet innerhalb des engeren Prinzips, das dem singulären Rechtssatz zugrunde liegt.[2] Das trifft für § 840 Abs. III zu, der als engeres Prinzip den Grundsatz enthält, daß der wegen Gefährdung Haftende von dem schuldigen Täter Regreß verlangen kann. Das weitere Prinzip beschäftigt sich dagegen mit einer billigen Verteilung der Haftung.[3] So sagt auch Krückmann[4] mit Recht, daß die analoge Anwendung einer sog. Ausnahmebestimmung davon abhängig ist, ob der in ihr enthaltene Gedanke es wert sei, weiter entwickelt zu werden oder nicht. Und dieser Gedanke, den § 840 Abs. III enthält, ist es wert, daß man ihn auf gleichgelagerte Fälle ausdehnt. Denn der Vorteil des § 840 Abs. III soll auch zu Gunsten derjenigen eingreifen, die aus dem gleichen Tatbestand haften und nur deswegen nicht in § 840 Abs. III aufgenommen sind, weil sie in einem besonderen Gesetz ihre Regelung erfahren haben.

Ferner ergibt sich auch aus § 840 Abs. II und III ein Anhaltspunkt dafür, daß die Ansicht des Reichsgerichts sich nicht halten läßt. In § 840 Abs. II und III sind nämlich alle die Fälle aus den §§ 823 ff. geregelt, die im Gegensatz zu der allgemeinen Verschuldenshaftung eine Haftung aus Gefährdung und vermutetem Verschulden begründen. Auf diese Stellung der besonders geregelten Vorschriften innerhalb der allgemeinen ist abzustellen, nicht, wie das RG.[5] es will, darauf, wie die in § 840 Abs. II und III erwähnten Vorschriften sich untereinander verhalten. Dann ergibt sich, daß diejenigen, denen der Gesetzgeber eine verschärfte Haftung auferlegt hat, die also schlechter gestellt sind als die aus Verschulden Haftenden, dadurch eine Gegenleistung von dem Gesetzgeber erhalten haben, daß sie von dem schuldigen Teil Regreß verlangen können.[6]

Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht findet in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts ihre Bestätigung;

---

[1] So bes. RG. 58, 337; 61, 57 u. 63; JW. 15, 324 ff.; Recht 14, Ziff. 1580; 23, Ziff. 892; Gruch 59, 906; auch Staudinger, II, 3, S. 1956; Planck, II, 2, S. 1819; RGRK. II, S. 637; auch Oertmann, II, 2, S. 1474, der jedoch schon mit Recht einwendet, daß die Auslegung möglich sei, daß § 840 Abs. III nur an die Haftungsfälle des BGB. denke.

[2] So richtig Enneccerus-Nipperdey, I, S. 131.

[3] Vgl. Schmidt, IherJ. 72, S. 81/82.

[4] EisenbahnE. 25, 200, 202.

[5] RG. 58, 337.

[6] Im Ergebnis ebenso Dungs, Gruch. 54, 550.

denn dieses ist von seinem früheren Standpunkt abgewichen und hat in § 840 Abs. III den Rechtsgedanken ausgeprägt gefunden, daß in den Fällen von Gesamtschuld, wo auf der einen Seite Gefährdungshaftung, auf der anderen jedoch Haftung aus Verschulden vorliegt, im Innenverhältnis der schuldige Teil den Schaden allein zu tragen hat.[1]

Nun hätte das RG. folgerichtig diesen Rechtsgedanken allgemeiner Natur auch dem aus § 1 RHG. haftenden Eisenbahnunternehmer zugute kommen lassen müssen, zumal es außerdem noch die Haftung der Eisenbahn als reine Gefährdungshaftung ansieht.[2]

Dem kann man nicht entgegenhalten, daß die Haftung der Eisenbahn sich aus Gefährdung und Schuld zusammensetzt, da der Eisenbahnunternehmer nach § 1 RHG. den Einwand der höheren Gewalt erheben kann. Wollte man aber doch diesen letzten Schluß ziehen, so wird dadurch „der Tatbestand des § 1 RHG., wenn überhaupt, so doch nur ganz wenig von den anderen Fällen der Kausalhaftung ab und nach den Fällen der Kulpahaftung hingerückt".[3] Selbst das Reichsgericht hat auf diesen Einwand der höheren Gewalt kein Gewicht gelegt, es hat also damit zu erkennen gegeben, daß daraus grundsätzliche Folgen nicht abzuleiten sind.

Den allgemeinen Grundsatz aus § 840 Abs. III hat das Reichsgericht nun inkonsequenterweise nicht auf den nach § 1 RHG. haftenden Eisenbahnunternehmer ausgedehnt. Da das BGB. mehrere Fälle außerkontraktlicher Schadensersatzansprüche regele, die nicht in der Schuld begründet sind, so habe es damit abweichend von dem bisherigen Sprachgebrauch einen Begriff der unerlaubten Handlung i. w. S. aufgestellt. Nach Art. 32 EG. BGB. solle das RHG. zusammen mit dem BGB. ein einheitliches Reichsgesetz verkörpern. Darum sei auch der Haftpflichtanspruch als ein Anspruch aus einer unerlaubten Handlung i. w. S. anzusehen.[4]

§ 840 Abs. III weist jedoch in keiner Weise auf einen solchen Begriff der unerlaubten Handlung i. w. S. hin. Der Begriff des Dritten im Sinne des § 840 Abs. III ist vielmehr eng auszulegen dahin, daß unter einem solchen Dritten nur eine solche Person verstanden werden kann, die nicht nach den §§ 833—838 haftet. Da nach den vorhergehenden Ausführungen der allgemeine Rechtsgedanke des § 840 Abs. III, daß die Gefährdungshaftung vor der Verschuldenshaftung den Vorzug verdient, auch dem Eisenbahnunternehmer zugute kommt,

---

[1] RG. 71, 8; JW. 15, S. 325; auch Weber, EisenbahnE 21, 82; Seligsohn, JW. 12, 377.
[2] RG. 53, 114 ff., bes. S. 122.
[3] Vgl. Rumpf, S. 124.
[4] RG. 53, 120 ff.; Staudinger, VI, S. 32 u. 66; vgl. auch Schierlinger, SeuffBl. 70, S. 109 ff.

so darf man in folgerichtiger Durchführung dieses Gedankens die Gefährdungshaftung der Eisenbahn nicht als eine unerlaubte Handlung i. w. S. ansehen.[1]

Aber selbst wenn man sich der Ansicht des Reichsgerichts anschließt, das den § 840 Abs. III eng anslegen will, so muß man aber auch den Begriff des Dritten eng auslegen, und dann kommen wir zu dem Ergebnis, daß ein Dritter im Sinne des § 840 Abs. III nur eine solche Person sein kann, die nach den allgemeinen Bestimmungen über unerlaubte Handlung der §§ 823 ff. verantwortlich zu machen ist.[2]

Gestützt wird die hier vertretene Ansicht einmal durch die Zusammenstellung der verschiedenen Haftungsfälle in den §§ 833–838 in § 840 Abs. III. Diese umfaßt nämlich alle die Fälle, in denen eine Haftung aus Gefährdung und Schuldvermutung begründet wird. Demgegenüber stehen die aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 823 ff. Verantwortlichen.

Dann spricht dafür auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes.[3] Dort heißt es bei der Bestimmung über die Haftung des Tierhalters (§ 734 Abs. III), daß, wenn neben diesen noch ein Dritter nach den allgemeinen Vorschriften über die Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung verantwortlich ist, daß dann beide zwar als Gesamtschuldner haften, im Innenverhältnis jedoch der Dritte allein verpflichtet sein soll.[4] Dasselbe wurde für die Haftung des Grundstücksbesitzers[5] (§ 735, heute §§ 836 ff.) und des Jagdberechtigten[6] bestimmt. Sämtliche drei Vorschriften wurden dann später in dem § 764 Abs. III, dem heutigen § 840 Abs. II, zusammengelegt. Hiermit sollte jedoch keine materielle Änderung ihres Inhaltes verbunden sein, wie das Reichsgericht auch selbst sagt: „. . . Die einzelnen Bestimmungen sind . . . in § 764 des Entwurfs II in veränderter Fassung vereinigt worden und in dieser ohne eine hier erhebliche Änderung in die Bundesratsvorlage (§ 825) und dann in das Gesetz übergegangen.[7]

Weiter bietet auch noch eine analoge Anwendung des § 17 KFG. einen Beweis für die hier vertretene Ansicht. Man könnte allerdings einwenden, daß in § 17 KFG. zwar der Fall geregelt sei, daß eine Ausgleichung nach der überwiegenden Verursachung stattzufinden habe, wenn durch mehrere Kraft-

---

[1] So richtig auch Eck-Leonhard, I, S. 610, Anm. 1; Seligsohn, JW. 12, S. 375.

[2] Mit Recht so Seligsohn, JW. 12, S. 377.

[3] Vgl. die Ausführungen bei Seligsohn, JW. 12, S. 375 ff.

[4] Prot. II, S. 646, hierauf wird auch in RG. 63, 119 f. hingewiesen, das RG. legt jedoch die Betonung auf „unerlaubte Handlung" und nicht auf „allgemeine Vorschriften", was jedoch der Rechtslage nicht entspricht.

[5] Prot. II. S. 650, 651, 657.

[6] Prot. II, S. 808, 836.

[7] RG. 53, 120.

fahrzeuge oder ein Kraftfahrzeug und ein Tier oder ein Kraftfahrzeug und eine Eisenbahn ein Schaden angerichtet sei. Und da gerade der Fall, daß ein Schaden durch ein Tier und eine Eisenbahn angerichtet ist, keine Regelung erfahren habe, solle eine verhältnismäßige Verteilung des Schadens zwischen Tierhalter und Eisenbahnunternehmer nach der überwiegenden Verursachung nicht stattfinden.

Einer derartigen Einwendung kann man jedoch mit guten Gründen entgegenhalten, daß im KFG. nur die Haftung des Kraftfahrzeughalters geregelt werden sollte, wenn also ein Kraftfahrzeug zusammen mit einem Tier oder einer Eisenbahn einen Schaden angerichtet hat. Dagegen hatte das KFG. keine Veranlassung, das Verhältnis zwischen dem Eisenbahnunternehmer und dem Tierhalter zu regeln. Somit dürfte einer analogen Anwendung des § 17 KFG. nichts im Wege stehen. Insbesondere zeigt § 17 KFG. noch das Prinzip, daß der Tierhalter nicht bevorzugt werden soll gegenüber solchen Personen, die nach Sondergesetzen ohne Rücksicht auf Verschulden haften.

Das Ergebnis ist also, daß der Dritte im Sinne des § 840 Abs. III trotz der veränderten Fassung des Gesetzes nur eine solche Person sein kann, die nach den allgemeinen Vorschriften über unerlaubte Handlungen haftet, und daß die Eisenbahn nicht hierunter fällt. Der allgemeine Rechtsgedanke, daß die Gefährdungshaftung der Haftung aus Verschulden gegenüber den Vorzug verdient, ist also über die in § 840 Abs. III aufgezählten Tatbestände hinaus auch auf die Haftung der Eisenbahn auszudehnen; sei es, daß man die Haftung der Eisenbahn als reine Gefährdungshaftung[1] oder als eine aus Gefährdung und vermutetem Verschulden zusammengesetzte[2] ansehen möchte. In jedem Fall fällt nämlich die Haftung der Eisenbahn unter den allgemeinen Rechtsgrundsatz, aus dem sich die Begünstigung der aus den §§ 833–838 Haftenden einem schuldhaften Täter gegenüber ergibt. Daher findet eine Ausgleichung zwischen Tierhalter und Eisenbahnunternehmer statt nach den gewöhnlichen Grundsätzen der Ausgleichung gemäß §§ 840 Abs. III, 426, 254.[3]

2. Haften zwei Personen aus den §§ 833–838 nach § 840 Abs. I nebeneinander für einen entstandenen Schaden, so kann sich der eine oder andere von ihnen nicht auf den Vorteil des § 840 Abs. III berufen, denn beiden steht ja die Ausnahmebestimmung des § 840 Abs. III zur Seite. Da es also an einem Dritten fehlt, der ihnen gegenüber den ganzen Schaden

---

[1] RG. 53, 123.

[2] RGRK. II, S. 638.

[3] Im Ergebnis ebenso besonders Seligsohn, JW. 12, 375 ff.; Meyer, Recht 11, S. 153 ff.; Schulz, S. 50; Rumpf, S. 26, 123 ff.; Matthes, Recht 07, 43; Wussow, S. 69, 142 ff.; Dungs, Gruch. 54, 549; Eck-Leonhard, I, S. 610, Anm. 3; Kohler, II, 1, S. 487, Anm. 1; Schmidt, JherJ. 72, 79 u. 80.

zu tragen hätte, haften beide im Innenverhältnis im Zweifel zu gleichen Teilen[1] (§ 426 Abs. I). Jedoch kommt auch hier § 254 als eine anderweitige Bestimmung im Sinne des § 426 Abs. I in Betracht, wonach bei der Ausgleichung darauf abzustellen ist, durch wen der Schaden überwiegend verursacht ist.

Anderer Ansicht ist für einige Fälle v. Liszt.[2] Dieser will, wenn z. B. Tierhalter und Tierhüter nach den §§ 833, 834, 840 Abs. I als Gesamtschuldner haften, dem Tierhalter die sog. Exkulpationsmöglichkeit des § 831 zugute kommen lassen. Das ist jedoch unrichtig und verstößt gegen das Gesetz; denn die Haftung des Tierhalters beruht ja nicht auf vermutetem Verschulden, sondern ist in der Gefährlichkeit des Tierhaltens begründet. Daher kann der Tierhalter sich nicht auf § 831 berufen, daß er also bei der Auswahl des Tierhüters die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe.

Haftet dagegen einer von den nach §§ 833–838 Verantwortlichen auch noch aus einem anderen Rechtsgrunde, z. B. § 823, so findet § 840 Abs. III mit der Maßgabe Anwendung, daß dieser auch noch nach § 823 Haftende als Dritter im Sinne des § 840 Abs. III anzusehen ist und demnach im Innenverhältnis den Schaden nach den Grundsätzen der §§ 840 Abs. III, Abs. I, 426, 254, auszugleichen hat.[3] Hieraus ergibt sich also die wichtige Einschränkung, daß der aus den §§ 823 ff. Verantwortliche trotz der außerdem bestehenden Haftung nach den §§ 833–838 als Dritter im Sinne des § 840 Abs. III anzusehen ist.

Haben mehrere Kraftfahrzeuge oder ein Kraftfahrzeug und ein Tier oder ein Kraftfahrzeug und eine Eisenbahn einen Schaden angerichtet, so haften sie als Gesamtschuldner. Eine Ausgleichung wird abweichend von den sonstigen Bestimmungen des BGB. durch das KFG. als lex specialis geregelt. Nach den §§ 17, 18 KFG. allein vollzieht sich die Ausgleichung. Danach hängt die Verpflichtung zum Schadensersatz von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht worden ist.

Eine dem § 17 KFG. entsprechende Vorschrift enthält § 27 des LuftVerkG. Diese Vorschrift geht jedoch insoweit über § 17 KFG. hinaus, als sie die Ausgleichung nicht nur auf Tierhalter und Eisenbahn beschränkt, sondern auf jeden Fall der Verantwortlichkeit „eines anderen" ausdehnt.

---

[1] So richtig auch RG. 58, 337; vgl. RG. 53, 123; ferner Staudinger II, 3, S. 1955; RGRK. II, S. 611; Planck, II, S. 1800, 1810.

[2] v. Liszt, S. 108; ähnlich auch Isay, JherJ. 39, 319, der eine gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Halter eines Tieres ablehnt, jedoch zu Unrecht, wie sich aus § 840 Abs. III ergibt.

[3] OLG. Stuttgart, Recht 10, Ziff. 908; Staudinger, II, 3, S. 1955.

§ 9.
Aufstellung von festen Regeln über die Ausgleichung.

Aus den vorhergehenden Ausführungen haben sich einige Richtlinien ergeben, die zwar nicht auf jeden Fall der Ausgleichung, aber doch auf ein sehr großes Gebiet der Ausgleichung unter Gesamtschuldnern Anwendung finden und so eine besondere Tilgung der Schuld im Innenverhältnis herbeiführen. In erster Hinsicht sind ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarungen maßgebend, nach denen eine andere Ausgleichung als nach Köpfen erfolgt. Weiter ist von Bedeutung, ob sich ein Schuldner in eigenem oder fremdem Interesse in ein Gesamtschuldverhältnis begeben hat. Dieser Gesamtschuldner kann also, falls nicht etwa noch besondere Abmachungen vorliegen, daß er z. B. in seiner Eigenschaft als Bürge durch die Befriedigung des Gläubigers gleichzeitig eine Forderung des Schuldners gegen sich persönlich tilgt, von seinem Auftraggeber nach den §§ 670, 683 die ganze an den Gläubiger erbrachte Leistung verlangen. Bei Gesellschaften oder sonstigen Vereinigungen ist das jeweilige Beteiligungsverhältnis der bestimmende Ausgleichungsfaktor.

Haften mehrere als Gesamtschuldner aus einer unerlaubten Handlung, so hat auch das Gesetz selbst einige Richtlinien gezeigt, nach denen eine Ausgleichung stattzufinden hat. Die in Betracht kommenden Grundsätze ergeben sich aus § 840. So bestimmt § 840 Abs. II, daß der schuldige Angestellte[1] bezw. Beaufsichtigte bei voller Deliktsfähigkeit dem Geschäftsherrn bezw. Aufsichtspflichtigen gegenüber im Falle der gesamtschuldnerischen Haftung nach § 840 Abs. I im Innenverhältnis den Schaden allein zu tragen haben. Ist dagegen der Beaufsichtigte nach den §§ 827, 828 an sich nicht verantwortlich, hat er aber nach der Billigkeitsvorschrift des § 829 den Schaden ersetzen müssen, so hat ihm der Aufsichtspflichtige nach § 840 Abs. II den ganzen Schaden zu ersetzen. Endlich enthält § 840 Abs. III den sehr wichtigen Grundsatz, daß die aus bloßer Schuldvermutung oder Gefährdung, und zwar aus jeder Gefährdung Haftenden gegenüber dem schuldhaften Täter den Vorzug genießen. Das gilt jedoch nicht uneingeschränkt, so daß also der schuldhafte Täter den ganzen Schaden immer allein tragen muß. Vielmehr ist nach § 254 abzuwägen, wer die größere Ursache zu dem Schaden gesetzt hat. Es soll also neben der Schuld auch die Gefährlichkeit mit berücksichtigt werden. Haften dagegen zwei Gesamtschuldner aus unerlaubter Handlung, so ergibt sich, daß der Gesamtschuldner im Innenverhältnis den größeren Schaden zu tragen hat, den auch die größere Schuld trifft.

---

[1] Vgl. bes. § 5 der Arbeit.

III. Abschnitt.

§ 10.

Die Ausgleichung unter den mehreren Sicherungspflichtigen bei den durch Vertrag begründeten akzessorischen Haftungsverhältnissen.

Ein näheres Eingehen hierauf findet seine Berechtigung dadurch, daß eine Ausgleichung nur teilweise (vgl. §§ 774 Abs. II, 1225 Satz 2) geregelt ist und daher die Meinungen in Literatur und Rechtsprechung sehr mannigfaltig sind, ob und wann ein Ausgleich in den nicht geregelten Fällen stattzufinden hat.

I. Zunächst ist die Ausgleichung bei mehreren Mitbürgen zu prüfen. Nach § 769 haften diese als Gesamtschuldner, sie sind also untereinander zum Ausgleich verpflichtet. Was hat nun die besondere Erwähnung des § 426 in § 774 Abs. II zu bedeuten, der besagt, daß die Mitbürgen nur nach § 426 haften?

Nach § 426 Abs. I sind die Gesamtschuldner zur Ausgleichung im Zweifel zu gleichen Teilen verpflichtet, und zur Sicherung dieses Regreßanspruches geht gemäß § 426 Abs. II die Forderung des Gläubigers insoweit auf den zahlenden Gesamtschuldner über, als er Ausgleichung verlangen kann. Wenn sich auch aus § 769 schon eine Ausgleichungspflicht der Gesamtschuldner untereinander ergibt, so folgt daraus doch nicht ohne weiteres eine Anwendung des § 426 Abs. II, da dieser mit § 774 Abs. I scheinbar in Widerspruch steht. Nach § 774 Abs. I i. Verb. mit §§ 412, 401 gehen nämlich auf den zahlenden Mitbürgen die Rechte des Gläubigers gegen die übrigen Mitbürgen in vollem Umfang über, während der Übergang der Rechte nach § 426 Abs. II von dem Bestehen eines Ausgleichungsanspruchs abhängig ist. Dieser scheinbare Widerspruch wird durch § 774 Abs. II gelöst, der seinen Abs. I durch den Hinweis auf § 426, insbesondere auf § 426 Abs. II, einschränkt, soweit ein Regreß in Frage kommt. Die Rechte gehen also nicht in vollem Umfang auf den zahlenden Mitbürgen über, sondern gemäß §§ 774 Abs. II, 426 nur im Verhältnis des etwaigen Ausgleichungsanteils.[1]

[1] So die herrschende Ansicht: Oertmann, II, 2, S. 1247; RGRK. II, S. 448; Staudinger II, 2, S. 1512; Planck, II, 2, S. 1457; Heidt, S. 6; Breit, Gruch. 48, 285; Emmerich, S. 514; Sternberg, Gruch. 52, 546; Schulz, S. 45, 68 ff.; Bendix, ArchBürgR. 25, 92; Cohn, JW. 06, 413; RG. LZ. 13, 544; Enneccerus-Lehmann, II, S. 617.

Anderer Ansicht sind Kremer[1] und Boethke,[2] nach denen § 774 Abs. II nicht auf § 426 Abs. II, sondern nur auf § 426 Abs. I verweisen soll. Danach ergibt sich also, daß auf den zahlenden Mitbürgen die Rechte gegen die übrigen im vollen Umfang übergehen. Dieses Ergebnis erscheint Kremer aber selbst unbillig, so daß er dem auf mehr als seinen Kopfteil verklagten Mitbürgen eine Einrede des geringeren Umfangs seiner Haftung zugestehen will, denn „die Forderung auf das Ganze habe nur Bedeutung, insofern sie eine höhere Sicherheit gewährt".[3]

Beide kommen also zu demselben Ergebnis wie die herrschende Ansicht, daß nämlich die Bürgen den Ausfall anteilsmäßig tragen, und auf den zahlenden Mitbürgen die Forderung des Gläubigers nur in Höhe des Ausgleichsanteils übergeht, was dem Wesen und Zweck der Bürgschaft gerecht wird. Die Frage eines Regresses wird meistens doch nur bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners praktisch. Und gerade dann entspricht es dem Zweck der mehrfachen Verbürgung, wenn der Ausfall in diesem Falle anteilsmäßig von sämtlichen Mitbürgen getragen wird.[4] Außerdem zeigt die Entstehungsgeschichte des § 774 Abs. II, daß § 774 Abs. I durch den Hinweis gerade auf § 426 Abs. II eingeschränkt werden soll.[5]

2. Haben mehrere Personen dem Gläubiger bewegliche Sachen zum Pfande gegeben und befriedigt eine von ihnen den Gläubiger, so taucht die Frage auf, ob durch die Vorschrift des § 1225 Satz 2 der Abs. I und Abs. II oder nur Abs. II des § 774 und damit auch § 426 entsprechend anwendbar zu erachten ist. Die Lösung scheint einfach, denn nach § 1225 Satz 2 findet § 774 auf das Verhältnis unter den mehreren Verpfändern entsprechende Anwendung. Jedoch hat man auch hier Schwierigkeiten entdeckt, da die dem § 1225 entsprechende Vorschrift des Hypothekenrechts, nämlich § 1143, nur auf Abs. I des § 774 verweist, während § 1225 Satz 2 den § 774 schlechthin zur entsprechenden Anwendung heranzieht. Hieraus glaubt Biermann auf einen Redaktionsfehler schließen zu müssen.[6] Wenn nämlich das Gesetz bei den Gesamthypotheken den § 774 Abs. II ausdrücklich ausschließe, so solle dasselbe auch bei den mehreren Verpfändern gelten, da § 774 Abs. II nur auf das Verhältnis der Mitbürgen untereinander passe.

---

[1] S. 185, 186.

[2] In Gruch. 47, 859 zur Kritik von Kremers Mitbürgschaft.

[3] Kremer, S. 203.

[4] Vgl. Oertmann, II, 2, S. 1247.

[5] Vgl. die Protokolle bei Mugdan, II, S. 1027; ferner die Ausführungen bei Bendix, a. a. O., S. 86 ff. und Sternberg, a. a. O., S. 547.

[6] So Biermann, 2. Aufl. 1902, III, S. 448; anders jedoch 3. Aufl. 1914, III, S. 654, 655; wie Biermann, 2. Aufl. auch Endemann, II, 1, S. 932, Anm. 12.

Ein solches Redaktionsversehen liegt jedoch nicht vor, wie die Entstehungsgeschichte des § 1164 im Entwurf zeigt.[1] Auch hat der Hinweis des § 1225 Satz 2 auf § 774 schlechthin und damit auf § 774 Abs. II seine volle Berechtigung. Das Gesetz hat nämlich den Mitbürgen in § 774 Abs. II und den Mitverpfändern in § 1225 Satz 2 die Eigentümer der mehreren gesamthaftenden Grundstücke gegenübergestellt. § 1143 erwähnt § 774 Abs. II nicht, weil ja für die Ausgleichungspflicht unter den Eigentümern der gesamthaftenden Grundstücke in § 1173 eine besondere Bestimmung getroffen ist, auf die in § 1143 verwiesen wird. Auf die Mitverpfänder sollen daher nur die Vorschriften über die Mitbürgen Anwendung finden.[2] Dem Gesetzgeber hätte es ja frei gestanden, § 1173 auch bei den Mitverpfändern für entsprechend anwendbar zu erklären, da auch bei § 1225 eine Mehrheit von Pfandrechten vorliegt. Das hat er jedoch aus dem Grunde nicht getan, da es ein der Eigentümerhypothek entsprechendes Eigentümerpfandrecht nicht gibt, wodurch dann wieder Mißverständnisse entstanden wären.[3]

Trotz der im BGB. gesonderten Regelung des Pfandrechts einerseits und der Hypothek andererseits will Cohn die Regeln über die Hypothek auch auf das Pfandrecht anwenden, weil der Gesetzgeber eine Wiederholung der betreffenden hypothekenrechtlichen Bestimmungen für das Pfandrecht absichtlich unterlassen habe.[4] Aber diese Begründung findet im Gesetz nirgends eine Stütze. Vielmehr zeigt gerade die Aufnahme der Vorschriften über die Hypothek im 8. Abschnitt und die Aufnahme der Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten im 9. Abschnitt des 3. Buches des BGB., daß beide Rechtsinstitute für sich behandelt werden sollten.

In der Literatur herrscht beinahe Einstimmigkeit darüber, daß § 1225 Satz 2 auch den § 774 Abs. II mit angewandt wissen will.[5] Da § 1225 Satz 2 aber eine entsprechende Anwendung des § 774 vorschreibt, besteht Uneinigkeit darüber, ob § 426 ebenfalls entsprechend oder unmittelbar angewandt werden soll.

Eine unmittelbare Anwendung des § 426 vertritt Bendix, indem er sich allein auf den Wortlaut des Gesetzes stützt. Aus der Verweisung des § 1225 Satz 2 auf § 774 folge auch die Verweisung auf § 426. Die Mitverpfänder seien also gleich den Mitbürgen nach dem Recht der Gesamtschuldner aus-

---

[1] Vgl. hierüber besonders die Ausführungen bei Bendix, a. a. O., S. 88, 89.

[2] Vgl auch Bendix, a. a. O., S. 89; Heidt, S. 17; Sellner, Recht 04, 477.

[3] Im Ergebnis jetzt auch Biermann, 3. Aufl. 1914, III, S 654, 655; ferner Cohn, JW. 06, 413; Bendix, a. a. O., S. 84 ff., bes. Strohal, JherJ. 61, 95; Derselbe, DJZ. 03, 374; unentschieden Breit, S. 285.

[4] Cohn, JW. 06, 412.

[5] Breit, a. a. O., S. 285, 292; Bendix, a. a. O., S. 88; Sternberg, a. a. O., S. 549; Schmidt, a. a. O., S. 98; Sellner, Recht 04, 477; Strohal, JherJ. 61, 94 ff.; Wolff, III, S. 619; Staudinger, III, 2, S. 1421.

gleichungspflichtig.[1] Besonders Cohn setzt sich für ein Gesamtschuldverhältnis ein, da das BGB. die Gesamtschuldverhältnisse sehr weit gefaßt habe und nur die Gleichheit der Leistung für das Vorliegen eines solchen Gesamtschuldverhältnisses entscheidend sei.[2]

Eine unmittelbare Anwendung des § 426 setzt aber ein Gesamt s ch u l d verhältnis voraus. Es fragt sich daher, ob ein solches unter den mehreren Mitverpfändern besteht. In der Literatur wird darüber gestritten, ob in dem Pfandrecht eine Schuld des Pfandeigentümers oder nur ein bloßes Verwertungsrecht des Pfandgläubigers zu erblicken ist. Ein näheres Eingehen auf diese Frage ist jedoch im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht angebracht. Ein Hinweis auf die einschlägige Literatur mag genügen.[3] Verfasser steht auf dem Standpunkt der herrschenden Ansicht, daß das Pfandrecht dem Pfandgläubiger nur ein Verwertungsrecht in die Hand gibt. Daher kann man von einem Gesamt s ch u l d verhältnis unter den mehreren Mitverpfändern nicht reden, so daß damit eine unmittelbare Anwendung des § 426 entfällt.

Andere Schriftsteller wiederum haben versucht, aus den §§ 774 Abs. II, 1225 Satz 2 ein allgemeines Ausgleichungsprinzip zu entwickeln dahin, daß mehrere Sicherungspflichtige untereinander im Zweifel zum Ausgleich verbunden seien.[4]

Wenn man dieser Ansicht auch wegen des befriedigenden Ergebnisses zustimmen möchte, so muß man andererseits doch bedenken, daß diese Lösung zu sehr auf dem bloßen Gedanken der Billigkeit aufgebaut ist. So gibt sogar Breit selbst zu, daß die Lösung zunächst „etwas zu kühn" aussehe, man ihr aber doch wegen der Billigkeit beipflichten müsse.[5] Da dieses allgemeine Ausgleichungsprinzip sich nur auf Billigkeit stützt und im Gesetz selbst kein Anhaltspunkt hierfür vorhanden ist, kann es als eine befriedigende Lösung nicht angesehen werden.[6]

Wenn Winkler[7] unter der entsprechenden Anwendung des § 774 eine Haftung nicht der mehreren Mitverpfänder, sonder eine solche der Mitpfänder nach § 426 versteht, so ist das nicht ganz richtig. Denn einmal haften in diesem Falle die mehreren Mitpfänder doch mittelbar, weil sie das Pfand

---

[1] Bendix, a. a. O., S. 93; Wolff, III, S. 626; Sellner, Recht 04, 477; Schmidt, a. a. O., S. 96; zustimmend auch Staudinger, III, 2, S. 1421; Oertmann, II, 2, S. 1249.

[2] Cohn, JW. 06, 412; bes. Bendix, a. a. O., S. 91; hiergegen jedoch Schulz, a. a. O., S. 67.

[3] Vgl. die S. 6 Note 4 Zitierten; ferner Planck, III, 2, S. 1146, 1148; Leonhard, I, S. 27 ff., bes. S. 38; Dümchen, JherJ. 54, 355 ff.; Gierke, Enzyklopädie, S, 124—126 (1928).

[4] Breit, a. a. O., S. 293; ähnlich auch Schulz, S, 67.

[5] Breit, a. a. O., S. 292.

[6] So gegen Breit auch Cohn, JW. 06, 411; Heidt, S. 29 ff.; Sternberg, a. a. O., S. 559;

[7] Winkler, S. 74, 75.

aus ihrem eigenen Vermögen gegeben haben, und dann trifft sie die Last letzten Endes unmittelbar, als sie Gefahr laufen, diesen dem Gläubiger zum Pfande gegebenen Wert endgültig zu verlieren. Daher können die Mitverpfänder sehr wohl in entsprechender Anwendung der §§ 774 Abs. II, 426 haften.

Das Ergebnis ist also, daß unter den Mitverpfändern ebenso wie unter den Mitbürgen eine Ausgleichung analog der §§ 774 Abs. II, 426 stattzufinden hat.[1] Diese analoge Anwendung des § 426 entspricht dem Rechtsempfinden und dem praktischen Bedürfnis. Verpfänden mehrere Eigentümer einem Gläubiger bewegliche Sachen, so sollen sie auch anteilsmäßig untereinander haften. Würde unter diesen mehreren Mitverpfändern ein vertragliches Ausgleichungsverhältnis bestehen, so billigen auch die Gegner einen dementsprechenden Ausgleich allgemein.[2] Warum soll dann nicht auch ein Regreßanspruch bestehen, wenn die mehreren Mitverpfänder zufällig nichts miteinander vereinbart haben, es aber doch eben so sehr ihrem Willen entspricht, daß sie die Last im Innenverhältnis nach Kopfteilen gemäß § 426 analog tragen. Ferner entspricht eine analoge Anwendung des § 426 der Rechtsnatur des Pfandrechtes mehr als eine unmittelbare Anwendung, da kein Gesamt s c h u l d verhältnis besteht. Diese Stütze im Gesetz, wenn sie auch nur auf eine analoge Anwendung des § 426 hinausläuft, ist dazu noch begründeter als ein allgemeines Ausgleichungsprinzip, daß man ohne Rücksicht auf das Gesetz aufgestellt hat.

3. Haften für dieselbe Schuld ein Bürge und ein Drittververpfänder, so gelangt man bei mechanischer Anwendung des Gesetzes hinsichtlich der Frage einer Ausgleichung zu einem sonderbaren Ergebnis. Befriedigt der Bürge den Gläubiger, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner nach § 774 Abs. I auf ihn über und nach §§ 412, 401 die Nebenrechte, also auch mit dem Pfandrecht an der Sache des Drittverpfänders. Nach § 1225 scheint es nun so, daß entsprechend auch der Drittverpfänder, wenn er den Gläubiger befriedigt, die Forderung mit dem Nebenrecht, also mit dem Anspruch aus der Bürgschaft erwirbt. Das wäre in der Tat ein merkwürdiges Ergebnis; denn es müßte derjenige endgültig die Last tragen, der den anderen mit der Befriedigung des Gläubigers zuvorkommen läßt, m. a. W. „wer zuerst kommt, mahlt zuerst".

---

[1] So richtig OLG. Hamburg in HGZ. 20, Beibl. S. 225: „Es besteht zwischen den verschiedenen Pfandeigentümern eine gesetzliche Ausgleichungspflicht. Auf ihr Verhältnis ist der von der Ausgleichungspflicht der Gesamtschuldner handelnde § 426 entsprechend anzuwenden." Martinius, DJZ. 03, 544; Seliner, Recht 04, 477; für nur entsprechende Anwendung des § 426 Abs. II Strohal, a. a. O., S. 94; Heidt, S. 18 19; Sternberg, a. a. O.. S. 549, 550.

[2] Vgl. die Ausführungen bei Heidt, S. 19 und die dort angef. Lit.

Gegen eine derartige vom Zufall abhängende Lösung wandte sich zuerst Strohal;[1] er glaubte, eine billige Lösung darin gefunden zu haben, daß er in jedem Falle den Drittverpfänder endgültig die Last tragen ließ. Strohal argumentiert folgendermaßen: Befriedigt der Bürge den Gläubiger, so geht nach §§ 774, 412, 401 die Forderung nebst Pfandrecht auf ihn über. Befriedigt dagegen der Pfandeigentümer den Gläubiger, so haftet ihm der Bürge nur, wenn ihm der Eintritt in das Pfand offen gelassen sei (§ 1256 Abs. II). Denn in letzterem Falle könne der Bürge wegen seiner besseren Stellung im Gesetz verlangen, daß ihm die durch das Pfand gesicherte Forderung übertragen würde. Daher habe der Pfandeigentümer ein Interesse am Bestehen des Pfandes. Dieser habe also letzten Endes immer die ganze Last zu tragen.[2] Nur in dem einen Falle, wenn nämlich der Drittverpfänder dem Gläubiger mehr zahlt als die Pfandsache wert ist, kann der Drittverpfänder sich, aber nur wegen dieses Mehrbetrages, an den Bürgen halten.[3]

Wenn Strohal[4] diese bevorzugte Stellung des Bürgen aus den §§ 776 (Formvorschrift), 771—773 (Einrede der Vorausklage) und schließlich § 776, der dem Bürgen Schutz vor Verschlechterung seines Regreßrechtes gewährt, begründen will, so ist diese Besserstellung des Bürgen jedoch nicht so klar und unzweideutig aus dem Gesetz erkennbar, wie Strohal annimmt. Wie soll ein Bürge, der mit seinem ganzen Vermögen haftet, besser gestellt sein als ein dinglich Haftender, der nur mit dem bestimmten Pfandobjekt haftet. Gerade weil der Bürge mit seinem ganzen Vermögen haftet, hat das Gesetz einige Schutzvorschriften geschaffen. Das wichtigste Argument für eine Besserstellung des Bürgen ist nach Strohal der § 776.[5] Das wäre aber auch die einzige Bestimmung, aus der sich eine Bevorzugung des Bürgen ergeben könnte. Gibt nämlich der Gläubiger ein Pfandrecht auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er nach § 774 aus dem Pfandobjekt hätte Ersatz verlangen können (§ 776). Der Bürge wird also frei, während andere Sicherungen weiter verhaftet bleiben. Umgekehrt wird der Drittverpfänder nicht frei von seiner Haftung, wenn der

---

[1] DJZ. 03, 377.

[2] Strohal, a. a. O., S. 377; ferner Enneccerus-Lehmann, II, S. 617, 618; RGRK. II, S. 449; Martinius, DJZ. 03, 543; OLG. Königsberg, SeuffArch. 76, 135; OLG. Stuttgart, WürttJ. 28, 8; Boethke, Gruch. 47, 859 60; Sternberg, a. a. O., S. 563; Heidt, S. 31 ff., bes. S. 37; Koban, S. 211, der das sogar S. 212 de lege ferenda empfiehlt; Planck, II, 2, S. 1452; III, 2, 892; ungeklärt noch RG. 85, 364.

[3] So u. a. RGRK. II, S. 709; Heidt, S. 36.

[4] IherJ. 61, 82; DJZ, 03, 376; ebenso Boethke, a. a O., S. 859 60; Martinius, a. a. O., S. 543; Koban, S. 212; Sternberg, a. a. O., S. 560; Lippmann. ThürBl. 51, 183; Enneccerus, II, S. 617/18.

[5] Strohal, a. a. O., S. 375; auch Lippmann, a. a. O., S, 184.

Gläubiger den Bürgen aus dem Haftungsverband entläßt. Durch § 776 wird jedoch ein Regreßanspruch unter den mehreren Sicherungspflichtigen nicht geregelt.[1] § 776 ist vielmehr eine Ausnahmebestimmung und kann kein allgemeines Argument für eine Bevorzugung des Bürgen bieten, die so weit geht, daß er in jedem Falle letzten Endes die ganze Last auf den Drittverpfänder abwälzen könnte. Das ergibt sich auch daraus, daß wie dem Bürgen nach § 768, so auch dem Grundstückseigentümer nach § 1137 die Einreden entgegenstehen, die der persönliche Schuldner gegen die Forderung hat. Ferner verweist noch § 1137 auf § 770, wonach der Bürge und der Grundstückseigentümer die Befriedigung des Gläubigers verweigern können, solange der persönliche Schuldner das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anfechten kann.

Da also der Bürge vor den anderen dinglich Verhafteten keinen Vorzug genießen soll, so ist auch das Ergebnis, daß immer der dinglich Verhaftete den ganzen Schaden allein tragen soll, nicht befriedigend.[2] Es fragt sich daher, ob § 426 unmittelbar Platz greifen kann, weil von dem Gesetz dieser Fall der Sicherung des Gläubigers durch einen Bürgen und einen Drittverpfänder nicht geregelt ist.

Diese Ansicht wird von Bendix[3] vertreten. Nach ihm sollen mehrere Sicherungspflichtige in einem Gesamtschuldverhältnis zueinander stehen, so daß § 426 unmittelbar Anwendung finden könne. Auch Staudinger[4] hat sich dieser Ansicht angeschlossen, „schon um des befriedigenden Endergebnisses halber".

Eine unmittelbare Anwendung des § 426 entfällt jedoch, da zwischen dem Bürgen und dem Drittverpfänder kein Gesamtschuldverhältnis besteht wegen des Verwertungsrechts beim Pfandrecht (vgl. oben S. 45).

Das allgemeine Ausgleichungsprinzip von Schulz[5] und Breit[6] kann ebenfalls nicht zur Lösung beitragen, da diese bereits oben (S. 45) widerlegt sind.

Darum aber jeden Ausgleich zu verneinen, ist auch nicht richtig. Es stehen hier zwar ein obligatorisches und ein dingliches Recht nebeneinander, aber das, was den Bürgen und den Drittverpfänder verbindet, nämlich die Tilgungsgemeinschaft, ist auch hier vorhanden. Befriedigt der Bürge oder der Drittverpfänder den Gläubiger, so ist damit das Ziel erreicht, das durch die mehrfache Sicherung erstrebt wurde, und zwar eine erleichterte Befriedigung des Gläubigers und eine

[1] Besonders gegen Strohal auch Wolff, III, S. 512, Anm. 16.

[2] Gegen Strohal auch Schulz, S. 66; Lippmann, a. a. O., S. 185; Winkler, S. 91; Breit, a. a. O., S. 283 ff.; Wolff, III, S. 512, Anm. 16.

[3] a. a. O., S. 91; ferner auch Emmerich, S. 514 ff.; Kohler, II, S. 428 ff.; Wolff, III, S. 626; Cohn, JW. 06, 412/13; Oertmann, II, 2, S. 1249.

[4] Staudinger, III, 2, S, 1422.

[5] S. 71.

[6] a. a. O,. S. 293.

Sicherung seines Anspruches. So sagt auch sehr richtig Schmidt[1], daß der Gedanke des § 426, wonach mehrere Personen, welche dem identischen Interesse eines Gläubigers dienen, soweit nicht ein anderes bestimmt sei, zu gleichen Anteilen haften sollen, auch hier sehr wohl passe. Da in Ermangelung eines Gesamtschuldverhältnisses eine unmittelbare Anwendung des § 426 unmöglich ist, so kann doch der Grundgedanke des § 426, „daß unter gleichartigen Pflichten eine Ausgleichung stattfindet",[2] analog herangezogen werden kann. Daß diese Lösung billig und gerecht ist, ergibt sich daraus, daß beide einander gleichgestellt werden müssen. Wenn die Gegner sagen, daß der Bürge, weil er mit seinem ganzen Vermögen und der Drittverpfänder nur mit dem Pfandobjekt hafte, dadurch bessergestellt werden müsse, indem der Drittverpfänder die ganze Last letzten Endes allein zu tragen habe, so ist das nur teilweise richtig. Der Bürge haftet einmal für dieselbe Schuld, für die auch das Mobiliarpfand haftet. Ob einer nun ein Pfand zur Sicherung gibt oder sich verbürgt, kommt schließlich auf dasselbe hinaus. Ist die Schuld groß, so geht der Bürge ein Risiko ein, aber auch der Drittverpfänder, der ein der Höhe der Schuld entsprechendes Pfand gibt. Der Gläubiger wird sich nämlich mit einem Pfand nur zufrieden geben, wenn seine Forderung durch das Pfand auch tatsächlich gedeckt wird. Da aber beim Pfandverkauf der Erlös meistens unter dem wirklichen Wert des Pfandes liegt, so wird der Gläubiger nur ein solches Pfand zur Sicherung seiner Forderung annehmen, das in seinem wahren Wert den Betrag der Forderung übersteigt. In diesem Falle würde also umgekehrt der Verpfänder schlechter als der Bürge gestellt sein. Und dann keinen Ausgleich stattfinden zu lassen, würde dem Billigkeitsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widersprechen.

Wir gelangen also zu dem Ergebnis, daß ebenfalls zwischen einem Bürgen und einem Drittverpfänder eine Ausgleichung in analoger Anwendung des § 426 stattfindet.

4. Bei der Sicherung einer Forderung durch Bürgschaft und Hypothek[3] treffen wir bezgl. der Frage einer Ausgleichung dieselben Ansichten wie oben.

Auch hier geht Schulz[4] von dem allgemeinen Grundsatz aus, daß mehrere Sicherungspflichtige stets zur Ausgleichung verpflichtet seien. Ähnlich argumentiert Breit,[5] indem er ein allgemeines Ausgleichungsprinzip aus den §§ 774 Abs. II, 1225

---

[1] a. a. O., S. 97.

[2] So richtig Leonhard, I, S. 730; vgl. auch Heck, Sachenrecht, S. 428; ebenso Emmerich, S. 517, der an sich § 426 unmittelbar anwenden will, aber doch eine entsprechende Anwendung für zweckmäßiger hält; ähnlich auch Schmidt, a. a. O., S. 101 f.

[3] (an einem Grundstück, das nicht dem persönlichen Schuldner gehört).

[4] a. a. O., S. 45, 46, 67, bes. 71.

[5] a. a. O., S. 293.

Satz 2 ableitet. Beide Ansichten sind jedoch schon oben (S. 45) zurückgewiesen, so daß ihre Lösungen hinfällig werden.

Ebenso wie bei der Behandlung der Frage einer Ausgleichung unter Bürgen und Drittverpfändern kommt Strohal[1] auch hier zu dem Ergebnis, daß in jedem Falle, ob der Bürge oder der Grundstückseigentümer den Gläubiger befriedige, dieser letzten Endes immer den Schaden allein zu tragen habe. Befriedige der Bürge den Gläubiger, so ginge gemäß § 774 Abs. 1 die Forderung gegen den Schuldner auf den Bürgen über und mit der Forderung gleichzeitig die Hypothek (§§ 412, 401), während die Bürgschaft infolge ihres akzessorischen Charakters erlösche. Befriedige dagegen der Grundstückseigentümer den Gläubiger, so ginge auf ihn gleichfalls die Forderung gegen den Schuldner mit der Bürgschaft über (§§ 1143, 412, 401). Die Hypothek verwandle sich nach §§ 1143, 1163 in eine Eigentümerhypothek. Zahle jetzt der Bürge an den Grundstückseigentümer, so ginge gemäß §§ 774, 412, 401 die Forderung gegen den Schuldner wieder auf ihn über mit der Sicherung, also mit der Hypothek.[2] Dieses Ergebnis, das Strohal mit der Besserstellung des Bürgen begründet, ist jedoch bereits oben (S. 47 ff.) zurückgewiesen worden.

Eine unmittelbare Anwendung des § 426[3] ist ebenfalls nicht möglich, da die Hypothek dem Gläubiger lediglich ein Verwertungsrecht gibt, so daß zwischen dem Bürgen und dem Eigentümer des haftenden Grundstücks kein Gesamtschuldverhältnis besteht. Aber auch hier ist ebenso wie bei der Sicherung durch Bürgschaft und Mobiliarpfand eine sog. Tilgungsgemeinschaft vorhanden, so daß eine Ausgleichung in entsprechender Anwendung des § 426 stattfinden muß.[4]

5. Bei einer anderen Sicherung der Forderung, nämlich durch Hypothek und Pfandrecht, kommt man bei Anwendung der Pfandvorschriften zu einem unbilligen Ergebnis. Befriedigt der Verpfänder zuerst den Gläubiger, so erlangt er nach § 1225 Satz 1 die Forderung gegen den Schuldner und die Hypothek an dem haftenden Grundstück (§§ 412, 401). Nimmt der Verpfänder jetzt den Grundstückseigentümer in Anspruch, so erwirbt dieser zwar die Forderung gegen den Schuldner, aber nicht die Sicherung durch das Pfand, da das Pfandrecht nach § 1256 durch Konfusion erloschen ist. Zahlt der Grundstückseigentümer an den Gläubiger, so erwirbt er zwar die Forderung gegen den Schuldner mit dem Pfandrecht. Sucht er dann aber aus dem Pfand seine Befriedigung, so geht wiederum die Forderung und die Hypothek, die nach den §§ 1143, 1163 zur Eigentümerhypothek geworden ist, auf den Verpfänder

[1] DJZ. 03, 373 ff.; auch Enneccerus-Lehmann, II, 617 ff.
[2] Strohal, a. a. O., S. 376.
[3] Vgl. die S. 48, Anm. 3 und 4 Zitierten.
[4] Vgl. oben S. 48/49.

über (§ 1225 Satz 1). Das Pfandrecht erlischt nach § 1256. Der Grundstückseigentümer ist also in jedem Falle schlechter gestellt als der Eigentümer eines Mobiliarpfandes.

Abzulehnen ist die Ansicht, daß die Sicherung nur dann auf den zahlenden Sicherungspflichtigen übergeht, wenn ein besonderer Ersatzanspruch gegen den anderen besteht.[1] Dann würde nämlich kein Sicherungspflichtiger freiwillig zahlen, vielmehr würde jeder den Gläubiger durch Abstandszahlungen zu bestechen versuchen, sich an einen anderen Sicherungspflichtigen zu halten; denn wer zuerst den Gläubiger befriedigt, müßte die Last immer allein tragen.

Die Lösung des allgemeinen Ausgleichungsprinzips ist schon oben (S. 45) abgelehnt worden. Auch eine unmittelbare Anwendung des § 426 ist nicht möglich, da hier ebenfalls kein Gesamtschuldverhältnis besteht.

Obwohl ein Ausgleich bei einem Zusammentreffen von Hypothek und Mobiliarpfand im Gesetz nirgends geregelt ist, kann man doch auf dem Wege einer analogen Anwendung des § 426 zu einem billigen Ergebnis kommen. Einmal besteht zwischen Grund- und Fahrnispfand kein grundsätzlicher Unterschied, dann liegen hier aber auch gleichartige Pflichten vor, so daß eine Tilgungsgemeinschaft mit Recht angenommen werden kann. Dann findet aber eine Ausgleichung statt und zwar in analoger Anwendung des § 426. (s. S. 48/49).

6. Endlich kann noch eine Forderung dadurch gesichert sein, daß eine Gesamthypothek an mehreren Grundstücken bestellt wird (§ 1132). Befriedigt nun der Eigentümer eines Grundstückes den Gläubiger, so erwirbt er nach dem § 1143, Abs. II in Verb. mit § 1173 die Hypothek an seinem eigenen Grundstück, die anderen erlöschen jedoch, falls er nicht von einem Eigentümer der anderen Grundstücke Ersatz verlangen kann; kann er das, so geht in dieser Höhe auch die Hypothek an dem anderen Grundstück auf ihn über (§ 1173 Abs. II). Falls nun von den Eigentümern der haftenden Grundstücke keine Vereinbarung über einen Ausgleich getroffen ist, muß also immer der zuerst zahlende Eigentümer die endgültige Last tragen, während die anderen frei ausgehen. Daß dieses Ergebnis jedoch nicht billig und gerecht ist, ergeben die oben besprochenen verschiedenen Lösungsversuche. Es sei erlaubt, auf diese hinzuweisen, da es zu langatmig wäre, zu jeder einzelnen Lösung nochmals Stellung zu nehmen.

Nach der vom Verf. vertretenen Ansicht ergibt sich, daß auch hier unter den Eigentümern der gesamthaftenden Grundstücke eine Ausgleichung nach § 426 analog stattfindet. Der

---

[1] So Sternberg, a. a. O., S. 556; Heidt, S. 25; auch Breit, a. a. O., S. 292, Lösung 1.

zahlende Eigentümer erwirbt die Hypothek an dem Grundstück der anderen in der Höhe des entsprechenden Ausgleichungsanteils, falls nicht ein anderes bestimmt ist.

§ 11

Beseitigung der Einrede des Mehrverkehrs nach § 1717 BGB. (exceptio plurium)? Haftung der mehreren Konkumbenten als Gesamtschuldner im Sinne des § 426 BGB.?

Am Schluß der Arbeit soll noch ein Problem erörtert werden, daß mit dem gestellten Thema in engem Zusammenhang steht.

In neuerer Zeit ist mehrfach die Forderung erhoben worden, die dem beklagten außerehelichen Vater nach § 1717 zustehende Einrede des Mehrverkehrs, die sog. exceptio plurium, aufzuheben. Kann der Beklagte nämlich den Nachweis erbringen, daß die Kindesmutter in der gesetzlichen Empfängniszeit noch mit anderen Männern geschlechtlich verkehrt hat, so wird die Klage des Kindes auf Unterhalt gegen den Beklagten abgewiesen. Das Kind kann also von keinem der mehreren Konkumbenten Unterhalt verlangen.

Den entgegengesetzten Standpunkt nehmen das Österreichische Allgemeine BGB. von 1811, die neueren Gesetze von Finnland (27. Juli 1922), Schweden (14. Juni 1917) und das norwegische Gesetz vom 10. April 1915 ein. Nach dem sog. österreichischen System wird einer der mehreren Konkumbenten als „mutmaßlicher" Vater (§ 163) in Anspruch genommen, ohne daß ihm die Einrede des Mehrverkehrs zusteht und ohne daß er einen Regreß gegen die anderen geltend machen könnte. Dieses System ist jedoch als unbillig abzulehnen, weil ohne weiteres einer der mehreren Konkumbenten als Vater herausgegriffen wird und keinen Regreß nehmen kann. Auch entsteht durch diese Regelung keine wirkliche Vaterschaft, diese wird vielmehr eine reine Fiktion bleiben, was nicht dem Interesse des Kindes gerecht wird. Das gleiche gilt im schwedischen und finnischen Recht. Für die Annahme einer Vaterschaft ist Voraussetzung allein der Geschlechtsverkehr mit der Kindesmutter in der Empfängniszeit. Dabei ist es gleichgültig, ob sie sich auch noch einem anderen außer dem Beklagten hingegeben hat.

Eine andere Lösung zeigt das norwegische Gesetz vom 10. April 1915. Dieses lehnt zwar auch wie die Gesetze der meisten Staaten, z. B. das heutige BGB., bei Mehrverkehr der Mutter die Annahme einer Vaterschaft ab, es gibt aber dem Kinde einen Unterhaltsanspruch gegen die mehreren Konkumbenten.

Demgegenüber nimmt der Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahme an Kindes Statt vom 11. Januar 1929 eine Mittelstellung ein. Nach § 1718 d. Entw. kann das Kind nur e i n e n der mehreren Konkumbenten in Anspruch nehmen, aber dieser kann, soweit er das Kind befriedigt, von den anderen nach Abs. II Ausgleichung zu gleichen Teilen verlangen. Es besteht also kein Gesamtschuldverhältnis im Sinne des § 421 zwischen den mehreren Konkumbenten, da das Kind nicht von jedem, sondern nur von einem Unterhalt fordern kann.

Eine Haftung als Gesamtschuldner ist richtigerweise vom Entwurf[1] abgelehnt worden; denn es ist vom Standpunkt des Kindes aus mißlich, „wenn mehrere, von denen jeder der Vater sein kann, nebeneinander zum Unterhalt des Kindes herangezogen werden, und wenn die Öffentlichkeit oder das heranwachsende Kind im Laufe der Zeit hiervon Kenntnis erlangt; manches Kind wird hierdurch in seiner inneren Entwicklung gehemmt werden und gegebenfalls auch gesellschaftliche Nachteile erleiden".

Jedoch auch der Entwurf gewährt dem Kinde keinen hinreichenden Schutz. Wie Kipp richtig bemerkt, kann das Kind der äußersten Not ausgesetzt werden, wenn nämlich der rechtskräftig Verurteilte sich hinterher als zahlungsunfähig erweist, während ein anderer, der zahlen könnte, nicht mehr in Anspruch genommen werden kann.[2] Denn mit der rechtskräftigen Verurteilung eines der mehreren Konkumbenten werden die anderen gemäß § 1718 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs frei. Das Jugendamt als Amtsvormund wird zwar meistens den zahlungsfähigsten Konkumbenten herausgreifen, aber es gibt ja Mittel und Wege genug, die Zahlungsunfähigkeit herbeizuführen.

Die Regelung des Entwurfs ist weiter noch aus folgendem Grunde bedenklich: Wenn nämlich einer der mehreren Konkumbenten von dem Kinde in Anspruch genommen wird, so wird er dadurch willkürlich zum Vater gestempelt und muß den vollen Unterhalt tragen, ohne die Gewähr zu haben, daß er von den anderen den auf jeden von ihnen entfallenden Ausgleichungsanteil erlangt. Auch kann man den Entwurf weder als eine Regelung zwischen Mutter und Kind oder Konkumbent und Kind oder Vater und Kind ansprechen. Diese Regelung ist vielmehr „ihrem Kern nach nicht anderes als eine Steuer auf den unehelichen Geschlechtsverkehr mit einer bestimmten Zweckverbindung".[3] Außerdem birgt dieser Entwurf, der diesem sog. Aktienkind einen Unterhaltsanspruch zu-

---

[1] S. 41.

[2] Kipp, DJZ. 29, 465; auch Genzmer, DJZ. 29, 618, Anm. 1.

[3] Vgl. Ausf. im Rechtsausschuß v. 21. Mai 30 des Reichstags der 4 Wahlper., S. 6 (51. Sitzung) Nr. 733.

billigt, Gefahren für die allgemeine Sittlichkeit; denn manche Frau, die sich bei der geltenden Regelung scheut, mehreren Männern hinzugeben, würde diese Hemmungen überwinden, weil das Kind ja in jedem Falle in geldlicher Beziehung gesichert ist.[1]

Da ebenfalls eine Haftung als Gesamtschuldner[2] nicht in Frage kommt, ist nach Ansicht des Verf. eine Neuregelung nicht erforderlich. Es wird zwar in ca. 50 % der Klagen aus unehelicher Vaterschaft die Einrede des Mehrverkehrs erhoben, aber nur in 5—6 % der Fälle stellt er sich als wahr heraus.[3] Allerdings wird dadurch eine Fülle von Prozessen hervorgerufen, da meistens jeder Beklagte den Einwand des Mehrverkehrs erhebt. Viele Prozesse endigen jedoch schon in der ersten Instanz, ohne daß sie an weitere Instanzen gehen. Aber auch nach dem Entwurf würde es viele Prozesse geben und zwar solche des zum Unterhalt des Kindes Verurteilten gegen die anderen Konkumbenten auf Zahlnng der betreffenden Ausgleichssumme.

Gegen die hier vertretene Ansicht (daß also eine Änderung nicht den Bedürfnissen entspricht), könnte man weiter einwenden, daß sich in einzelnen Fällen mehrere Männer zusammentäten und mit derselben Frau verkehrten, um sich die Einrede des Mehrverkehrs zu verschaffen. Dann ist es natürlich nicht möglich, einen der mehreren Konkumbenten als Vater anzusprechen. Das Kind kann also keine Unterhaltsansprüche gegen einen von diesen geltend machen. Hier hilft jedoch § 826; denn das Kind hat in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise dadurch einen Schaden erlitten, daß es um seinen gesetzlichen Unterhaltsanspruch gebracht ist, weil es keinen der mehreren Konkumbenten auf Unterhalt belangen kann. Mit Wurzer, auf den verwiesen werden darf, kommt man zu dem Ergebnis, daß nach § 251 die mehreren Konkumbenten als Gesamtschuldner zur Geldentschädigung in Form einer Kapitalsumme zu verurteilen sind.[4]

Für die hier vertretene Ansicht spricht insbesondere, daß die Abschaffung der Einrede des Mehrverkehrs bereits 1925 erörtert wurde, jedoch erst in der 4. Wahlperiode des Reichstages 1928/29 im Entwurf dieses Gesetzes vorgesehen war. Dieser Entwurf ist dann in der 40. Sitzung des Reichstages vom 4. Februar 1929 dem Rechtsausschuß überwiesen, dort beraten, aber nicht mehr verabschiedet worden. In der gegenwärtigen 5. Wahlperiode ist der Gesetzentwurf noch nicht wieder

---

[1] Vgl. auch Josef, DJZ. 29, S. 307, 308. Hiergegen allerdings Weise, daselbst, S. 439.
[2] Vgl. oben S. 53; dafür allerdings Kipp-Wolff, IV, S. 413.
[3] Vgl. 36. Sitzung d. Rechtsaussch., S. 2 und 51. Sitzung, S. 2.
[4] Wurzer, Recht 12, 226 ff.; vgl. auch RG. 40, 180; ferner Oertmann, II, 2, S. 1428; OLG. München, SeuffArch. 70, 143—146.

eingebracht worden, Daraus ergibt sich, daß der Rechtsschutz des unehelichen Kindes nach dem BGB. nicht unzureichend ist. Wenn das nämlich der Fall wäre, und man ein neues Gesetz schaffen zu müssen glaubte, so würde das doch sicher beschleunigt worden sein. Da der Entwurf noch nicht wieder (1932) eingebracht ist, wird es also zunächst bei der jetzigen Regelung bleiben.

Lebenslauf.

Ich, Claus Kreutzfeldt, bin am 1. April 1907 als Sohn des Direktors Theodor Kreutzfeldt und seiner Frau Dora geb. Hansen zu Schleswig geboren. Nach dreijährigem Besuch der Volksschule kam ich auf die Domschule (Gymnasium mit Realschule). Ostern 1929 bestand ich die Reifeprüfung. Nach viersemestrigem Studium der Rechtswissenschaften auf der Universität Marburg setzte ich dieses auf der Kieler Universität fort und bestand am 28. Mai 1931 vor der Prüfungskommission beim Oberlandesgericht Kiel die erste juristische Staatsprüfung (Referendarexamen). Zur Zeit bin ich zur Ausbildung dem Landgericht Flensburg überwiesen.

Die mündliche Prüfung bestand ich am 30. April 1932.

Meine akademischen Lehrer waren

in Marburg: die Herren Professoren Engelmann, Genzmer, Jung, Leonhard, Merk, Meyer, Schulz-Schaeffer.

in Kiel: Husserl, Jellinek, Kantorowicz, Opet, Schmidt Schoenborn, Schücking, Wedemeyer, Wolf.

An dieser Stelle möchte ich nicht unterlassen, Herrn Geheimrat Prof. Dr. Franz Leonhard für freundliche Überlassung des Themas und die gegebenen Anregungen meinen aufrichtigen Dank auszusprechen.